



## FACULTAD DE DERECHO

# **ANÁLISIS DE LA ASESORÍA, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO ESPAÑOL Y COMPARATIVA CON EL SISTEMA AMERICANO**

Autor: Isabel Torres-Quevedo Oliver

5º E-3 D

Área: Derecho Administrativo

Tutor: María Burzaco Samper

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>3</b>
<b>II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO</b> .....	<b>4</b>
1. Creación de la Dirección General de lo Contencioso.....	4
2. Creación de la Asesoría General del Ministerio de Hacienda.....	7
3. Creación del Cuerpo de Abogados del Estado. ....	8
<b>III. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL CUERPO.</b> .....	<b>9</b>
1. Principios de la organización.....	12
2. Régimen Jurídico de la función contenciosa. ....	14
2.1 Representación y Defensa de los Organismos de las Comunidades Autónomas...14	
2.2 Representación y Defensa de las Corporaciones Locales. ....	15
2.3 Representación y Defensa de Organismos públicos. ....	16
2.4 Exterior. ....	18
2.5 Representación y defensa en juicio a funcionarios y empleados del Estado. ....	18
2.6 Relaciones con el Ministerio Fiscal. ....	19
3. Régimen jurídico de la función consultiva. ....	19
4. Responsabilidad de la Abogacía del Estado. ....	20
<b>IV. SALIDA AL MUNDO PRIVADO.</b> .....	<b>21</b>
1. Sistema de Selección y Estadísticas.....	22
2. Sistema Retributivo. ....	23
3. Excedencia.....	24
4. Supuesto de compatibilidad Autorizado. ....	31
5. Conflictos de interés. ....	32
<b>V. COMPARATIVA DEL SISTEMA ESPAÑOL CON EL SISTEMA VIGENTE EN ESTADOS UNIDOS DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.</b> .33	
1. Introducción.....	33
2. Estructura del sistema jurídico americano. ....	34
3. Estructura del Departamento de Justicia.....	37
3.1 El Fiscal General del Estado “Attorney General”.....	37
3.2 El Subfiscal General del Estado. ....	38
3.3 Oficina del Asociado del Fiscal General. ....	39
4. Función consultiva del Fiscal General. ....	40
5. Relación de la función consultiva del Fiscal General con las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial. ....	41
5.1 El Fiscal General y la Rama Ejecutiva. ....	41
5.2 El Fiscal General y la Rama Legislativa. ....	42
6. Función contenciosa. ....	44
7. Sistema de Elección. ....	46
8. Sistema Retributivo. ....	46
<b>VI. CONCLUSIÓN.</b> .....	<b>47</b>

## **I. INTRODUCCIÓN.**

En el presente escrito realizaremos un análisis de los orígenes históricos de la Abogacía General del Estado, estudiaremos la evolución que ha sufrido la organización desde su creación hasta su situación actual. Ello nos ayudará a entender la estructura y funcionamiento del sistema, así como los orígenes y su razón de ser.

Posteriormente entraremos a valorar las funciones y competencias del cuerpo, diferenciando los tipos de entes dentro de la Administración Pública que representan los abogados del Estado, y los límites de estas funciones. Analizaremos también la jurisprudencia sentada por los Tribunales respecto a las relaciones con los letrados de las comunidades autónomas, de las corporaciones locales o la representación y defensa de Sociedades Mercantiles Públicas. Entraremos a valorar los supuestos en los que los abogados del Estado pueden incurrir en responsabilidad o cuestiones controversiales como la dependencia directa del Gobierno. También analizaremos cómo se regulan los conflictos de interés en los que pueden incurrir los abogados del Estado al comenzar a trabajar en el sector privado bajo el régimen de excedencia o al representar a distintos organismos dentro de la Administración.

Estudiaremos la dramática cuestión del abandono por parte de los abogados del Estado de la función pública. Las posibles causas retributivas, organizativas y motivacionales, proponiendo posibles soluciones.

Concluiremos el escrito realizando un breve análisis comparativo con el sistema de representación y defensa jurídico del gobierno de Estados Unidos. Se ha seleccionado el sistema americano debido a sus las diferencias y sus interesantes puntos de encuentro con el sistema español. El americano, siendo un cuerpo con dependencia jerárquica al igual que el español, pero con un sistema con diferentes tipos de abogados especializados en distintas ramas. El español, siendo modelo unificado con un cuerpo de abogados generalista y con amplias competencias en todas las ramas jurídicas.

Ambos sistemas tienen una figura central, el Abogado General del Estado y el Fiscal General respectivamente, las dos figuras juegan un papel central estableciendo directrices de actuación y unificando criterio.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

### 1. Creación de la Dirección General de lo Contencioso.

En 1849 Bravo Murillo es nombrado Ministro de Hacienda, fue la figura central que fomentó la creación del sistema actual de defensa y asesoría jurídica del Estado. Es importante mencionar que en aquella época el Ministerio de Hacienda era el organismo responsable del cuerpo de los Fiscales que eran aquellos que ejercían de manera individual e inarticulada la defensa jurídica del Estado<sup>1</sup>.

Durante los últimos años había existido una preocupación latente sobre la situación de indefensión procesal que sufría el Estado español. En el sistema vigente hasta aquel momento, los fiscales actuaban en la jurisdicción administrativa, en la ordinaria y en las de carácter especial, además de ser los encargados también de la defensa judicial de los intereses del Estado. Dicha función se llevaba a cabo de forma autónoma por cada fiscal sin ningún tipo de unificación de criterio ni coordinación.

Bravo Murillo tenía como fundamento ideológico principal el establecimiento de un cuerpo nacional que crease un orden jurídico unitario. Se trataba de una persona que tenía planteamientos política y administrativamente centralizadores. En 1852 realizó la primera gran ordenación de la función pública española, buscando alcanzar una situación política estable. En las reformas de Bravo Murillo estaba presente la idea de estabilidad política y democracia con autoridad, su objetivo consistía en fomentar que los poderes públicos fuesen respetados desde la democracia, para lo que consideraba que no podían ser arbitrarios, despóticos ni absolutistas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 598

<sup>2</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La defensa en Derecho del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 1878.

En este contexto político y económico del Estado español, Bravo Murillo a través del Real Decreto de 1850<sup>3</sup> decidió crear el 28 de diciembre de 1849 la Dirección General de lo Contencioso con la intención de crear un cuerpo unificado que prestase un servicio de asesoría jurídica a la Administración General del Estado. La creación de esta Dirección fue una pieza más de la gran reforma que realizó en la Administración. Inicialmente la creación de la Dirección de lo Contencioso fue criticada en el Parlamento por el posible incremento de gasto público que implicaba su creación<sup>4</sup>.

El Real Decreto, en su exposición de motivos, establece la necesidad de crear una Dirección que fuese la encargada de emitir dictámenes para asesorar al Gobierno y la encargada de defender los intereses de la Hacienda Pública ante los Tribunales<sup>5</sup>. Dicha dirección se instrumentalizó como uno de los centros directivos o unidades administrativas del Ministerio de Hacienda.

En la creación de dicha Dirección se plasman dos notas fundamentales características de Bravo Murillo: la necesidad de reorganizar la Administración Central y los servicios de asesoramiento existentes y la necesidad de proveer a dicha administración con un asesoramiento en derecho unificado para evitar la indefensión procesal del Estado. En este sentido el Decreto establece lo siguiente *“Es cierto que hoy existen varios asesores a quienes se consultan los puntos de derecho; pero como cada uno de ellos obra aisladamente, falta el centro [...] para dar unidad al sistema, que haya homogeneidad en las doctrinas, [...] para evitar que se dicten resoluciones tal vez contradictorias entre sí a causa de despacharse los negocios por oficinas o dependencias distintas”*.

Hasta ahora los agentes públicos y funcionarios que defendían en juicio los intereses del Estado, además de los fiscales, eran los siguientes: abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas, letrados que reunían determinadas características ante algunas jurisdicciones y letrados nombrados por el gobernador de la provincia, el Ministerio fiscal realmente era el representante general del Estado, todo ello sin perjuicio

---

<sup>3</sup> Real Decreto estableciendo una nueva Dirección a las inmediatas órdenes y bajo la dependencia del Ministro de Hacienda con el título de Dirección General de lo Contencioso. *La Gaceta*, 1 de enero de 1850, núm. 5633.

<sup>4</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *op. cit.*, p. 1880.

de que el Gobierno pudiese encargar a un letrado particular la defensa de Hacienda en determinados negocios siempre que lo estimase oportuno por la complejidad del caso<sup>6</sup>.

Pues bien, Bravo Murillo creó la figura del centro directivo, estableciendo que todo este conjunto de agentes mencionados anteriormente, comenzasen a depender directamente de la Dirección General de lo Contencioso. Ello conllevó que, a partir de ese momento, se estableciese con carácter obligatorio, la consulta al centro directivo de por parte de cualquier individuo que fuese a representar o defender al Estado ante los Tribunales. Dicha medida provocó el rechazo de los fiscales del nuevo sistema instaurado<sup>7</sup>.

El Decreto señalaba, por un lado, el **ámbito consultivo** que le correspondía a la Dirección General; este incluía la elaboración de dictámenes y el asesoramiento de la Administración en todos aquellos negocios en los que versasen cuestiones de derecho común, civil o administrativo. Por otro lado, señalaba el **ámbito contencioso**, estableciendo que le correspondía a la Dirección General la ordenación y dirección de toda actuación de defensa del Estado ante los Tribunales; esto incluía la vigilancia de los agentes de la administración y de los fiscales a los que debía dar instrucciones. Por tanto, inicialmente la Dirección General no era la encargada de la representación directa del Estado, si no que tenía una función fundamentalmente de dirección, supervisión y de establecimiento de unidad de actuación y de criterios.

Para el adecuado funcionamiento del sistema se adoptaron una serie de medidas en las que se hizo especial hincapié en la función de información a la Administración de la situación procesal en la que se encontraban los asuntos ante los Tribunales de Justicia. Para ello, se creó la acción de conocimiento, a través de la cual se comprobaba el estatus procesal de cada procedimiento. Esta acción fue fundamental para el establecimiento de esa homogeneidad y unidad de criterio que se buscaba.

El problema principal de esta estructura fue que los agentes que ejercían la defensa del Estado ante los Tribunales, además de responder ante la Dirección General de lo Contencioso, seguían manteniendo su autoridad inmediata: por ejemplo, los fiscales

---

<sup>6</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *op. cit.*, p. 1883.

<sup>7</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *op. cit.*, p. 1885.

respondían tanto a la Dirección General como al Ministerio Fiscal, los letrados nombrados por el gobernador de la provincia respondían tanto a la Dirección General como al gobernador. Esto conllevó la inexistencia de unidad de criterio y actuación, además se dificultaron los procesos de tomas de decisiones debido a la existencia de dos autoridades.

## **2. Creación de la Asesoría General del Ministerio de Hacienda.**

En 1854 se suprimió la Dirección General de lo Contencioso, entre otras razones por la oposición presentada por los fiscales y la poca efectividad del sistema con dualidad de autoridades. Se suprime por el Real Decreto<sup>9</sup> y es sustituida por la Asesoría General del Ministerio de Hacienda. El cambio fue realmente un cambio nominal ya que las funciones del nuevo organismo no cambiaron sustancialmente. A lo largo del siglo XIX el país sufrió importantes crisis económicas, el Ministro de Hacienda de Orovio, en un intento de tecnificar la Administración Fiscal, estableció que las plazas de Oficiales Letrados se cubrirían por oposición pública y que los aspirantes debían ser licenciados en Derecho o en Jurisprudencia. También se instauró la inamovilidad de los funcionarios públicos estableciendo que los letrados no podían ser ni removidos ni separados de su cargo si no era por una causa legal<sup>10</sup>.

La Asesoría General de Hacienda fue suprimida por el Ministerio de Hacienda, separando en dos cuerpos a los Oficiales Letrados de Hacienda Pública y a los Fiscales que seguían llevando a cabo la defensa y representación de la Hacienda Pública ante los Tribunales. Dicha supresión fue un fracaso e intentó ser corregida con una serie de disposiciones posteriores como el Real Decreto de 1869<sup>11</sup> mediante el cual se vuelve a reorganizar el Cuerpo de Letrados, pero sin volver a crear un organismo equivalente a la Asesoría General de Hacienda.

---

<sup>9</sup> Real Decreto suprimiendo la Dirección general de lo Contencioso de la Hacienda pública, despachándose en lo sucesivo los negocios relativos al reconocimiento y pago de las cargas de justicia del Tesoro por la Dirección general del mismo, y creándose una Asesoría general del Ministerio de Hacienda. *La Gaceta*, 1 de enero de 1855, núm. 730.

<sup>10</sup> SARMIENTO, LARRAURI, José Ignacio, “Los Abogados del Estado: Antecedentes históricos”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 6, 2007, p. 81.

<sup>11</sup> Real Decreto reorganizando la planta del personal de la Dirección general de Contabilidad de la Hacienda pública. *La Gaceta*, 5 de septiembre de 1868.

### 3. Creación del Cuerpo de Abogados del Estado.

Debido a las complicadas relaciones con los Fiscales, Juan Francisco Camacho, Ministro de Hacienda, crea mediante Real Decreto emitido el 1 de marzo de 1881<sup>12</sup> el Cuerpo de Abogados del Estado, haciendo reaparecer la Dirección de lo Contencioso creada años atrás por Juan Bravo Murillo. Inicialmente, este cuerpo no tenía asignada la labor de defensa ante los tribunales. Fue en el año 1886 cuando el mismo Ministro mediante Real Decreto concede dichas competencias al Cuerpo de Abogados del Estado eliminándolas del cuerpo de los fiscales y finalizando por fin el conflicto entre los abogados del Estado y los fiscales en la defensa de los intereses de la Hacienda Pública.

En la parte dispositiva del citado Real Decreto se establece que las competencias que tiene dicho Cuerpo son la emisión de dictámenes cuando sea correspondiente en aquellos asuntos en los que esté involucrado el Estado y la representación y defensa del Estado ante los tribunales<sup>13</sup>.

Se trata de un cuerpo bajo las órdenes del Director General de lo Contencioso, formado por; los letrados que trabajaban bajo el mando del Ministerio de Hacienda, los miembros del Cuerpo Oficial de Letrados creado en 1868 y los nuevos miembros que ingresasen en el Cuerpo. Se crea una carrera especial con ingreso por oposición y no separación del cuerpo salvo por expediente disciplinario. Además, los miembros del cuerpo eran organizados por escalafón en función de la categoría alcanzada por cada uno de ellos. Dicho sistema de ordenación fue eliminado con la reforma de López Rodó en 1964<sup>14</sup>.

Inicialmente el presidente del Tribunal de las oposiciones era el director de lo Contencioso, formaba el Tribunal junto a dos Jefes de Administración del Cuerpo, un Abogado designado por el Colegio y un Jefe que realizaba las funciones de secretario. El sistema de ascenso interno se estableció de la siguiente manera: de cada tres vacantes, las dos primeras se cubrían por antigüedad, y la tercera por elección de entre los individuos de categoría inferior. El cuerpo dependía directamente del Ministerio de Hacienda a través del director de lo Contencioso. Los abogados podían prestar servicios tanto para la Dirección de lo Contencioso, como para el Ministerio de Hacienda o incluso podían ser

---

<sup>12</sup> Real Orden aprobando el reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado. *La Gaceta*, 1881, núm. 131.

<sup>14</sup> SARMIENTO LARRAURI, José Ignacio, *op. cit.*, p. 85.



destinados a otros centros a propuesta del Director General de lo Contencioso, siempre dependiendo del mismo a efectos organizativos<sup>15</sup>.

Además, se introdujo la novedad de que el abogado del Estado podría asumir en juicio la representación del Estado sin necesidad de un procurador, esto se mantiene actualmente.

En 1925, durante la dictadura del General Primo de Rivera, Calvo Sotelo creó el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Abogados del Estado, ley que constituyó fundamentalmente una recapitulación de las normas anteriores, y tuvo mucha importancia ya que sentó precedente para las futuras leyes reguladoras del cuerpo<sup>16</sup>. Se reguló orgánicamente el cuerpo para acomodar sus funciones al incremento experimentado de los servicios a su cargo. En la exposición de motivos se establece :*“En efecto, la Dirección general de lo Contencioso y el Cuerpo de Abogados del Estado, creados en 1849 y 1881, respectivamente, por los insignes Ministros de Hacienda D. Juan Bravo Murillo y D. Juan Francisco Camacho, han ido paso a paso consolidando y extendiendo su actuación, [...] y han llegado a asumir los que se comprenden en las cuatro grandes categorías siguientes: representación y defensa del Estado en los juicios civiles y criminales, Fiscalía de lo Contencioso-administrativo en los Tribunales provinciales, asesoría en derecho de la Administración en general y gestión de los impuestos de Derechos reales y sobre los bienes de las personas jurídicas, aparte de la intervención de los Abogados del Estado en múltiples Comisiones y Juntas destacándose en este orden la Secretaria, que, juntamente con el carácter de Vocales, ejercen en los Tribunales económico-administrativos provinciales, do reciente creación”*<sup>17</sup>.

### **III. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL CUERPO.**

Desde la creación del Estatuto Orgánico del Cuerpo de Abogados del Estado se ha dado un incremento del número de procedimientos judiciales en los que son parte las diversas

---

<sup>15</sup> Real Orden nombrando los Vocales del Tribunal que ha de calificar los ejercicios de oposición a las vacantes del Cuerpo de Abogados del Estado. *La Gaceta*, 4 de junio de 1881, núm. 155.

<sup>16</sup> SARMIENTO LARRAURI, José Ignacio, *op. cit.*, p. 86.

<sup>17</sup> Real Decreto aprobando el Estatuto de la Dirección general de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, y la plantilla de su personal, que se insertan, *La Gaceta*, 22 de enero de 1925, núm. 22.

Administraciones Públicas, creándose un panorama litigioso con más volumen de procesos que en los años anteriores. En los artículos 103 y 106 de la Constitución española se recogen los principios de sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho y el de universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa<sup>18</sup>.

El funcionamiento del Cuerpo de Abogados del Estado está regulado en la Ley 52/1997 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas<sup>19</sup> que tiene como objetivo instrumentar la asistencia jurídica al Estado de manera que sea eficaz y acorde a la situación litigiosa moderna. Para ello, propone unas normas organizativas del Servicio Jurídico del Estado que son completadas con el desarrollo reglamentario de la ley. Dicho desarrollo se produce en el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado<sup>20</sup>.

La Abogacía General del Estado es el órgano que dirige la asistencia jurídica del Estado y otras Instituciones Públicas. Se trata de un conjunto de abogados, liderado por el Abogado General del Estado, todos ellos integrados en el Ministerio de Justicia. La asistencia jurídica comprende el asesoramiento, representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los Órganos Constitucionales.

En función de lo establecido en el artículo 447 de la Ley Orgánica Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial<sup>21</sup>, la asistencia jurídica de la Administración de la Seguridad Social corresponde a los miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

El Cuerpo de Abogados del Estado presta asesoramiento jurídico a Organismos Públicos como las Entidades Públicas Empresariales. Estas están vinculadas a la Administración y dependen de un Ministerio. Se regirán por su normativa específica en determinados aspectos, pero siempre y en todo caso serán asesoradas y representadas en juicio por el Cuerpo de Abogados del Estado.

---

<sup>18</sup> Constitución Española de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.

<sup>19</sup> Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, 27 noviembre de 1997, núm. 285.

<sup>20</sup> Real Decreto 997/2003 de 25 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. *Boletín Oficial del Estado*. 21 de julio de 2003 núm. 997.

<sup>21</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de julio, núm. 157.

El Cuerpo tiene dos funciones principales, la contenciosa y consultiva. En cuanto a la función contenciosa, los abogados actúan ante el Poder Judicial y ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o arbitrajes internacionales.

En cuanto a la función consultiva, los abogados del Estado emiten informes de anteproyectos de ley o proyectos de normas reglamentarias. Redactan dictámenes sobre asuntos concretos y realizan informes previos a la impugnación de actos y disposiciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional. También tienen el deber de unificación de doctrina de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, cuyo objetivo principal es evitar contradicciones entre los informes emitidos por abogacías del Estado en el ejercicio de su función consultiva.

La Ley 52/1997 dispone en el artículo 3 que la Abogacía General del Estado se encuentra bajo el mando de la Dirección del Servicio Jurídico, este es un departamento dirigido por el Abogado General del Estado, que es designado de entre los miembros del cuerpo por el ministro de Justicia, actualmente el cargo es ocupado por Consuelo Castro Rey. Se trata de un cuerpo jerárquico subordinado bajo la dirección del Abogado General del Estado. Los abogados del Estado en el ejercicio diario de sus funciones tienen libertad de actuación, de decisión y de criterio, pero debido a que se trata de un órgano integrado en el Ministerio de Justicia, la última palabra respecto a decisiones importantes la tiene el Abogado General del Estado, que a su vez responde ante el Ministro de Justicia.

La Abogacía General del Estado no es un cuerpo estrictamente independiente debido a que, debe responder, como cualquier abogado, ante los intereses de su cliente; el Gobierno. No es un cuerpo neutro que vela por la legalidad, como el Ministerio Fiscal, sino que es un cuerpo formado por juristas que están al servicio de la Administración General del Estado.

Es por ello, por lo que en algunos supuestos el Cuerpo de Abogados del Estado ha representado al Gobierno en asuntos controversiales y de interés público. En dichos supuestos, el abogado del Estado debe defender los intereses del Gobierno, estas instrucciones jerárquicas pueden poner en riesgo la independencia de criterio, lo que no implica que no pueda negarse a realizar determinadas actuaciones. Ejemplo de ello, fue la actuación del abogado del Estado Edmundo Bal, responsable de dirigir la acusación en

el juicio del *procés*, en nombre del Gobierno. El abogado del Estado se negó a firmar el escrito acusatorio contra los líderes catalanes ya que las acusaciones eran de sedición y malversación de caudales públicos, considerando el abogado del Estado que debía incluirse la acusación de rebelión. Debido a esta negativa a firmar el escrito acusatorio el abogado del Estado fue destituido.

Otros departamentos internos que conforman la Abogacía General del Estado son la Subdirección General de Servicios Consultivos, la Subdirección General de los Servicios Contenciosos, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia-Gabinete del Abogado General del Estado, la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales, la Subdirección General de Coordinación, Auditoría y Gestión del Conocimiento, la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunal Constitucional y Tribunal de Cuentas, la Abogacía del Estado en los Departamentos ministeriales, y la Abogacías del Estado en la Administración periférica del Estado. Cada una de estas divisiones tiene distintas funciones asignadas entre las que están la representación y defensa del Estado en juicio y el asesoramiento en materias jurídicas. La representación en juicio variará en función del departamento y la ubicación territorial asignada a cada abogado.

### **1. Principios de la organización.**

El Cuerpo de Abogados del Estado responde en el ejercicio de su actividad consultiva y contenciosa a los siguientes principios;

- a) *Principio de Generalidad*; la función de asesoramiento jurídico que realizan los abogados del Estado se extiende a toda la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos. La Administración militar podrá también consultar al Cuerpo de Abogados del Estado; suele realizarlo en casos concretos cuando surgen dudas sobre cuestiones patrimoniales o cuestiones previas al posible ejercicio de acciones en que esté interesada dicha Administración<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, *Memoria de la Abogacía General del Estado*, 2017, p. 10

- b) *Principio de profesionalidad*; el sistema español optó por organizar la asistencia jurídica de la Administración del Estado mediante el sistema de abogados funcionarios y no por el sistema de abogados libres contratados. Es por tanto que los abogados del Estado son funcionarios públicos para los cuales la asistencia jurídica de la Administración constituye el objeto de su profesión. Dicha profesión tiene por tanto un carácter funcional y profesional que se encuentra regulado detalladamente en las Leyes anteriormente citadas. Se trata de una carrera especial facultativa, de escala cerrada.
- c) *Independencia funcional respecto de la Administración activa*; los abogados del Estado emiten sus informes con independencia del criterio de la Administración bajo cuyo cargo este. El destinatario del informe en ningún caso puede pretender influir en el contenido del mismo. Dicha independencia funcional se manifiesta tanto ante los órganos consultantes como ante los órganos superiores a éstos, independientemente del rango de unos u otros. Este principio es una exigencia institucional que constituye una garantía de objetividad e imparcialidad de su función asesora. El carácter de centro superior consultivo, lleva implícito el desempeño necesario de la función asesora de manera objetiva. En cuanto a las Asesorías Jurídicas y Abogacías del Estado de la administración periférica, también deben mantener su independencia de criterio respecto de los Departamentos, Centros u Oficinas en que radican.
- d) *Dependencia funcional entre la Dirección del Servicio Jurídico – Abogacía del Estado y las Asesorías Jurídicas y Abogacías del Estado*; Las Asesorías Jurídicas y las Abogacías del Estado, tienen su sede orgánica en los Departamentos, Organismos y Oficinas territoriales a los que prestan asesoramiento. Ahora bien, independientemente de dónde estén prestando sus servicios, los abogados de Estado dependen jerárquicamente de la Dirección del Servicio Jurídico. La consecuencia fundamental del principio de jerarquía administrativa es la potestad del superior de dirigir y fiscalizar la conducta del inferior<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p. 14

## **2. Régimen Jurídico de la función contenciosa.**

La función contenciosa es entendida como representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos. A diferencia del resto de abogados que necesitan la asistencia del procurador para que ejerza la función de representación, el abogado del Estado tiene competencia para realizar ambas funciones.

La Abogacía del Estado actúa ante los órganos del Poder Judicial y también ante órganos como el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o arbitrajes internacionales.

### *2.1 Representación y Defensa de los Organismos de las Comunidades Autónomas.*

La representación y defensa en juicio de los organismos de las comunidades autónomas es ejercida por los letrados integrados en sus respectivos servicios jurídicos. Se trata de un cuerpo distinto a la abogacía del Estado cuyo régimen de acceso es de oposición libre mediante convocatoria pública. Tienen en común con la abogacía del Estado que recae sobre su figura las funciones de representación y defensa no siendo necesaria la asistencia del procurador en juicio<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de que los asesores principales de las comunidades autónomas son sus propios letrados, la Abogacía General del Estado, podrá prestar asistencia jurídica a las comunidades autónomas, defendiendo y asesorando a las mismas en función de los convenios de colaboración que se hayan celebrado entre el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas.

En el supuesto de que la Abogacía General del Estado estimase la existencia de un supuesto de contraposición de intereses entre la comunidad autónoma y el Estado o sus organismos y entidades públicas, lo hará saber a la comunidad autónoma correspondiente. Si la contraposición de intereses siguiese apreciándose, el convenio de colaboración no será válido para ese asunto.

---

<sup>24</sup> FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 1802.

En la sentencia que comentamos a continuación, se plantea la controversia de un letrado que representa al Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía que no está colegiado en un colegio oficial de abogados.

En este sentido, la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 69/1985 de 27 de junio de 1985<sup>25</sup>, recuerda la competencia que tiene Administración Pública en la ordenación del ejercicio de profesionales por razón de la relación funcional. Ello permite que, en determinadas situaciones relacionadas con la defensa de entes públicos, determinadas exigencias, como la colegiación, establecidas con carácter general, no sean de aplicación. El Tribunal recuerda que la defensa de los entes autonómicos está consagrada legalmente como defensa de la Administración Pública. Cabe decir que la defensa de dichos organismos puede ser asumida por la abogacía del Estado, lo que lleva al tribunal a equiparar la relación funcional de los letrados que representan a este tipo de entes con la relación funcional de los abogados del Estado. El tribunal interpreta la norma en tal sentido que permite que la defensa de las comunidades autónomas por sus letrados tenga un tratamiento parejo a la defensa del Estado.

### *2.2 Representación y Defensa de las Corporaciones Locales.*

La representación y defensa de los entes locales corresponde, al igual que en las comunidades autónomas, a letrados pertenecientes a los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que estas designen un abogado colegiado que les represente. Es frecuente que se de esta designación debido a que la corporación local por su tamaño reducido no tenga un servicio jurídico propio. En aquellos municipios en los que haya mucha población como Madrid debe existir necesariamente una asesoría jurídica<sup>26</sup>.

Los abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las corporaciones locales en función de los convenios de colaboración firmados entre la Administración y las Corporaciones.

---

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional (Segunda), núm. 69/1985, de 27 de junio de 1985, rec. 681/1984.

<sup>26</sup> FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* p. 2300.

Es interesante en este sentido mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional 82/1983 de 7 noviembre de 1983. En dicho litigio, la corporación local no fue emplazada directamente ya que el órgano judicial emplazó en su lugar a la Abogacía General del Estado, como si el acto municipal hubiere sido fiscalizado. La corporación local alega indefensión al haber sido condenada sin ser oída. Por otro lado, la parte recurrente considera que hay inexistencia de indefensión debido a que la abogacía del Estado puede ser representante de la Administración Local en virtud del artículo 35.1 de LJCA. El Tribunal considera, en base a otra sentencia anterior 48/1983 del 31 mayo, que la indefensión no puede eliminarse por el hecho de que la legitimidad de la defensa la haya asumido la abogacía del Estado. Se está dando una falta de emplazamiento personal. Por lo tanto, debemos remarcar que, en supuestos concretos como este, la abogacía del Estado no será suficiente para representar a la Administración a nivel local y será necesario que sea el propio ayuntamiento local el que se persone en el procedimiento<sup>27</sup>.

### *2.3 Representación y Defensa de Organismos públicos.*

El Cuerpo de Abogados del Estado presta asistencia jurídica a las Entidades Públicas Empresariales en relación con el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de entidades que son el resultado de un proceso de descentralización funcional de determinadas actividades que antiguamente las realizaba directamente la Administración General del Estado. Aun así, están vinculadas a la Administración y dependen de un Ministerio. Las entidades públicas empresariales se rigen por Derecho Privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos y en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas. Algunas entidades públicas estatales son la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Puertos del Estado, Radiotelevisión Española, Instituto de Crédito Oficial (ICO), Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX)<sup>28</sup>.

Existen por otro lado, determinados organismos públicos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear o la Agencia de Protección de Datos, que la ley ha concedido independencia funcional o especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en

---

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional (Primera), núm. 82/1983, de 7 de noviembre de 1983, rec. 34/1983

<sup>28</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p. 18



determinados aspectos, pero siempre y en todo caso serán asesoradas y representadas en juicio por el Cuerpo de Abogados del Estado.

Debemos diferenciar los organismos públicos mencionados anteriormente de las Sociedades Mercantiles estatales. Estas son sociedades en cuyo capital es mayoritaria la participación de la Administración del Estado, pero no deben ser representadas en juicio necesariamente por la abogacía del Estado.

Para que se pueda apreciar la importancia de distinguir el tipo de ente público ante el que nos encontramos haremos referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1995 de Febrero de 1995 en la que inicialmente se produce una inadmisión de un recurso de suplicación interpuesto por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), por entender el Tribunal de primera instancia que el letrado que estaba ejerciendo la representación y defensa del ente no era idóneo para asumir la representación de una entidad de Derecho Público, por no pertenecer al cuerpo de la abogacía del Estado.

El Tribunal Constitucional en su argumentación hace mención al proceso mediante el cual se extinguió el Organismo Autónomo “Aeropuertos Nacionales” y se transfirieron sus funciones, subrogándose en sus derechos la nueva Sociedad Mercantil Estatal, AENA. Se ratifica en ese proceso la personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado con plena capacidad pública y privada y patrimonio propio.

Por tanto, la corte concluye recordando que la naturaleza de AENA no es Organismo Autónomo sino sociedad mercantil estatal y, por tanto, susceptible de ser representada en juicio por un abogado colegiado no perteneciente a la Administración del Estado<sup>29</sup>.

Respecto determinados organismos como la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en adelante, AEAT, el abogado deberá ser autorizado para asumir la representación de la misma en cumplimiento del artículo 7 de la Orden de 29 de julio de 1994<sup>30</sup>. A colación de esta exigencia, es interesante mencionar otra sentencia del Tribunal Supremo, 1450/2012 en la que el Tribunal entiende autorizado al abogado del Estado por

---

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional (Primera), núm. 4/1995, de 11 de febrero de 1995, rec. 2559/1993

<sup>30</sup> Orden de 29 de julio de 1994. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de agosto.

la Dirección del Servicio Jurídico del Estado para la representación de la AEAT al constar en las memorias de actividad la personación expresa del abogado del Estado en nombre de dicho organismo<sup>31</sup>.

#### *2.4 Exterior.*

La ley 52/1997 en el artículo 9 establece que el Cuerpo de Abogados del Estado ejerce la representación y defensa del Estado español también ante jurisdicciones extranjeras en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y cualquier otro tribunal internacional en el que deba actuar en representación del Reino de España.

#### *2.5 Representación y defensa en juicio a funcionarios y empleados del Estado.*

La abogacía del Estado podrá ejercer la representación en juicio de funcionarios y empleados del Estado o de Organismos públicos, como establece la Ley 52/1997 en su artículo 2, cuando los funcionarios se encuentren inmersos en un procedimiento a raíz de actuaciones relacionadas con el cargo público. Lo

Debemos mencionar que el artículo 33 de la Estatuto Básico del Empleado Público otorga a los funcionarios públicos capacidad para comparecer y defenderse personalmente sin necesidad de abogado<sup>32</sup>. En relación con esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de mayo de 1989 sienta precedente estableciendo que a pesar de la función atribuida por el art 33 a los funcionarios públicos, la Ley de Jurisdicción tiene como destinatarios subjetivos a los litigantes que ostenten la condición de funcionarios públicos y únicamente para el procedimiento especial y sumario regulado en los artículos 113 a 117 de la ley sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Por tanto, la representación de los funcionarios por abogados del Estado en el resto de los procedimientos será obligada<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 6ª), rec. 1450/2012 de 9 de febrero de 2015

<sup>32</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado*. 11 de noviembre de 2015, núm. 261.

<sup>33</sup> Tribunal Supremo (Contencioso) núm. 1989/4795, de 8 de mayo de 1989.

## 2.6 Relaciones con el Ministerio Fiscal.

Es interesante mencionar la resolución de la Fiscalía General del Estado<sup>34</sup> en la que establece que en juicios verbales en los que uno de los interesados pretenda obtener el derecho a justicia gratuita para litigar en juicios, el Ministerio Fiscal podrá intervenir en el lugar de la abogacía del Estado. Debemos especificar que el Ministerio Fiscal actuará en nombre propio y con absoluta libertad siguiendo las instrucciones de su superior jerárquico.

### 3. Régimen jurídico de la función consultiva.

En este apartado analizaremos la naturaleza que tienen los informes emitidos por los órganos de asesoramiento jurídico. El artículo 1 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio<sup>35</sup> establece que los abogados del Estado emiten informes de anteproyectos de ley o proyectos de normas reglamentarias. Los informes elaborados por los abogados del Estado expresan una declaración de conocimiento, no de voluntad. Establecen el derecho aplicable a un caso particular, citan las normas jurídicas que deben utilizarse y aclaran su interpretación. En el momento en el que el informe se integra en un procedimiento administrativo, constituye un acto administrativo de trámite, es decir, aporta al procedimiento datos de Derecho que deberán ser utilizados para resolver la cuestión planteada.

Los informes no podrán ser recurridos por los interesados por ningún tipo de vía. Los recursos se realizarán contra el acto de decisión del procedimiento que será el que impone obligaciones o crea derechos. Los informes emitidos por la Abogacía del Estado serán preceptivos y no vinculantes. En caso de que los informes fuesen vinculantes, estaríamos convirtiendo al órgano asesor en órgano decisor. En el sistema legislativo español, los informes vinculantes son excepcionales, el Cuerpo de Abogados del Estado en ningún caso podrá emitir informes vinculantes.

La función del informe no vinculante es aportar un elemento de juicio al órgano decisor, que tendrá en cuenta el mismo a la hora de dictar una resolución, pero podrá aceptarlo o

---

<sup>34</sup> Consulta núm. 10/1985 de 11 de noviembre. JUR 2007\114470

<sup>35</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p. 23

rechazarlo libremente. En caso de que el órgano decisor aparte su criterio del informe estará obligado legalmente a motivar su decisión, exponiendo las razones fácticas y jurídicas en que aquella se basa.

En este sentido es interesante comentar el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia 1450/2012<sup>36</sup>. En dicho litigio se acusa a la abogacía del Estado de revocar libremente los actos firmes de un órgano administrativo por el hecho de representarlo en juicio, considerando que se ha dado una conducta antijurídica por parte de la abogacía del Estado al revocar estos actos firmes de la Administración que representaba. El Tribunal rechaza dicho planteamiento recalcando que la actuación de la abogacía del Estado se da de manera autónoma e independiente del proceso, desmarcada de las funciones jurisdiccionales, recordando el carácter no vinculante de los informes. Dicha naturaleza no vinculante imposibilita la afirmación de revocación de los actos administrativos.

Ahora bien, si se emite un informe manifiestamente ilegal y como consecuencia, del acto resultan responsabilidades civiles, penales o administrativas, dichas responsabilidades podrán alcanzar a quién emitió el informe.

Por último, una de las funciones más importantes que tiene el cuerpo es la de unificación de doctrina de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, cuyo objetivo principal es evitar contradicciones entre los informes emitidos por abogacías del Estado en el ejercicio de su función consultiva. La asistencia jurídica del Estado debe cumplir el principio de eficiencia en la utilización de los recursos, ya que contribuye a la política de incrementos de ingresos y reducción del gasto público<sup>37</sup>.

#### **4. Responsabilidad de la Abogacía del Estado.**

En ningún caso la condición de abogado del Estado podrá ser utilizada para obtener información con fines extraoficiales. El abogado del Estado tiene el deber de sigilo recogido en el art. 7.1. j) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Dicho deber consiste en “guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la

---

<sup>36</sup> Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 6ª), rec. 1450/2012 de 9 de febrero de 2015

<sup>37</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p. 28

Administración o se utilice en provecho propio”. En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4241/1994 de 22 de abril de 1998<sup>38</sup>, el Tribunal considera incumplido el deber de sigilo al facilitar el abogado del Estado a un conocido unos datos fiscales haciendo uso de su condición. Aunque la información obtenida por el abogado del Estado hubiese podido ser obtenida por el interesado, el Tribunal considera que el abogado se Estado se aprovecha de su posición dentro de la Administración Pública ya que dicha operación le sirvió para ganar cierto prestigio dando a entender que tenía facilidad para acceder a informaciones reservadas. En dichos supuestos se aplica la sanción prevista en el ya mencionado artículo 7.1 del Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

Es interesante comentar que en los casos en los que el abogado del Estado actúe negligentemente, si existe un perjudicado, este podrá reclamar responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado. En este sentido el Tribunal Supremo en la Sentencia núm.1450/2012<sup>39</sup> establece que para que se pueda reclamar dicha responsabilidad contra la Administración del Estado por la actuación negligente de un abogado del Estado se deben cumplir los siguientes requisitos: vinculación, relación causal entre la actuación negligente y el daño causado al particular. El hecho de que quede probado que la abogacía del Estado cometió una negligencia no es suficiente para reclamar responsabilidad patrimonial al Estado.

#### **IV. SALIDA AL MUNDO PRIVADO.**

La salida al mundo privado de los abogados del Estado se trata de un tema preocupante debido al gran número de profesionales pertenecientes a este cuerpo que abandonan el trabajo para la Administración General del Estado dando el salto al mundo privado. El gran número de abandonos se produce debido a una mezcla de factores: 1) El arduo y exigente sistema de entrada al cuerpo que convierte a los abogados en unos profesionales altamente especializados y formados 2) El limitado sistema retributivo existente dentro de la Administración 3) Las posibilidades de crecimiento profesional ofertadas para los abogados del Estado en mundo privado. Realizaremos un análisis de cada uno de los

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4241/1994 de 22 de abril de 1998

<sup>39</sup> Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 6ª), rec. 1450/2012 de 9 de febrero de 2015

factores mencionados, intentando llegar a una conclusión de por qué se produce un abandono tan dramático del Cuerpo.

### 1. Sistema de Selección y Estadísticas.

El Cuerpo de Abogados del Estado está conformado actualmente por 634 abogados, de los cuales 247 están en excedencia en el sector privado. El sistema de acceso al Cuerpo de Abogacía del Estado es el de oposición libre mediante convocatoria pública del Ministerio de Justicia. Los candidatos deben ser españoles, mayores de edad y haber obtenido la licenciatura en Derecho<sup>40</sup>.

El sistema de acceso es exigente e implica un gran sacrificio, dedicación e involucración del candidato. El sistema de oposición libre consta de cinco exámenes, dos de ellos teóricos, dos prácticos y uno de un idioma extranjero a elegir. Todos los ejercicios tienen carácter eliminatorio. Los exámenes teóricos se realizan de acuerdo con el programa publicado por el Ministerio de Justicia, los exámenes prácticos consisten en un dictamen jurídico y una contestación a una demanda. La convocatoria de las plazas suele variar entre 20 y 25 en función del año<sup>41</sup>. El número total de temas que debe estudiar un aspirante es 465.

El porcentaje de aprobados en la primera convocatoria del examen es 4%. Adjuntamos tabla en la que se aprecia el porcentaje de aprobados en cada convocatoria. Podemos observar que el porcentaje mayor de aprobados se da en la segunda y tercera convocatoria<sup>42</sup>.

Tasa de éxito de los opositores en:	
1ª Convocatoria	4%
2ª Convocatoria	16%
3ª Convocatoria	16%
4ª Convocatoria	15%
5ª Convocatoria	13%
6ª Convocatoria	11%

---

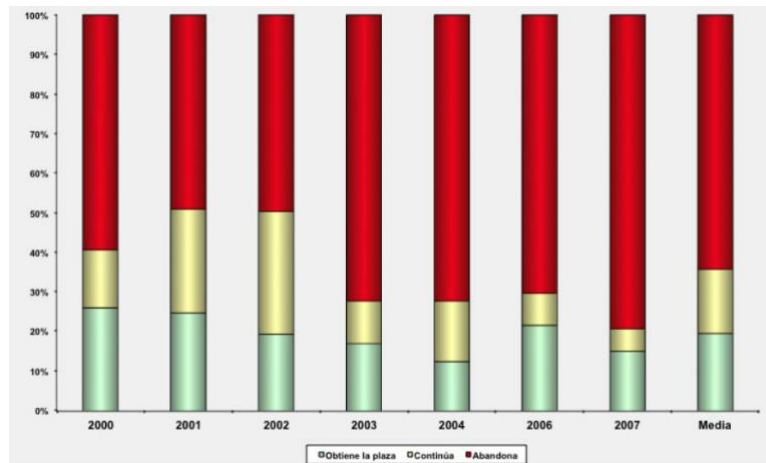
<sup>40</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p.34

<sup>41</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p.35

<sup>42</sup>BAGUES, Manuel (2014). Estadísticas Cuerpo Abogacía del Estado.  
<http://www.manuelbagues.com/Abogados%20del%20Estado.html>

Como podemos apreciar en los porcentajes de aprobados, se trata de un sistema de acceso selectivo y exigente. En el método de sistema de selección radica el éxito del cuerpo, formado por grandes profesionales jurídicos con conocimientos amplios de todo el ordenamiento.

En el siguiente gráfico, la variable verde indica el porcentaje de opositores que obtiene la plaza de abogacía en un plazo de cuatro años o menos. La variable amarilla indica el porcentaje de opositores que tras cinco años continúa presentándose a la oposición. Por último, la variable roja representa el porcentaje de opositores que abandona la oposición sin plaza en un horizonte temporal inferior a cuatro años.



## 2. Sistema Retributivo.

El sistema retributivo de la Abogacía del Estado, es una cuestión especialmente sensible debido a que es una de las principales razones por las que se produce la sangría de abogados desde la Administración Pública hacia el sector privado.

Se trata de un sistema retributivo estándar, poco flexible, que no premia la implicación individual del abogado ni la consecución de objetivos. El abogado del Estado tiene un salario base al que se añaden complementos salariales como el complemento de destino, de productividad o de gratificaciones especiales. Los complementos no entran a valorar desempeño del abogado ni la consecución de objetivos si no que se pagan en la mayoría de los casos.

Respecto a los honorarios, el ingreso que por la tasación de costas devenga el abogado del Estado no constituye parte de la retribución funcional, ingresa en las arcas del Estado. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 9745/1992<sup>43</sup> establece que el abogado del Estado por imperativo legal asume la doble condición de defensor y representante de la Administración, ello no quiere decir que cuando la parte contraria sea condenada en costas, estas se limiten a los gastos de defensa. El condenado en todo caso debe pagar los correspondientes tanto a la defensa como a la actividad de representación. En el mismo sentido se pronuncia el mismo Tribunal en la sentencia 6073/1993 que remarca el principio de justo equilibrio entre las partes del proceso y de igualdad de armas y medios de defensa y ataque del valor equivalente, reiterando la procedencia de que los abogados del Estado devenguen honorarios respecto a la labor de defensa y de representación<sup>44</sup>. A pesar de ello, los honorarios en todo caso van destinados a la Administración General del Estado.

Este factor retributivo, entre otros, como la posibilidad de desarrollo profesional en el mundo privado, las ofertas en grandes despachos o en empresas del Ibex 35 dan lugar a los altos porcentajes de abandono del sector público. Los abogados del Estado que prestan servicios en el sector privado, multiplican los sueldos que tenían bajo el mando de la Administración. Actualmente 25 de las 35 empresas del Ibex 35 cuentan al menos con un abogado del Estado en sus filas.

La ley Reguladora del Ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado<sup>45</sup> prevé dos supuestos para trabajar en el mundo privado; la Autorización por parte de la Administración para la **excedencia**, o la autorización para **el ejercicio de una actividad privada en compatibilidad** con su actividad pública principal.

### 3. Excedencia.

Respecto a la excedencia, la ley Reguladora del Ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado establece que el abogado del Estado deberá trabajar 5 años en la Administración General del Estado antes de solicitar la excedencia. En el

---

<sup>43</sup> Tribunal Supremo (Contencioso sec. 7ª), rec. 9745/1992 de 15 de noviembre de 1995

<sup>44</sup> Tribunal Supremo (Contencioso sec. 3ª), rec. 6073/1993 de 13 de septiembre de 1993

<sup>45</sup> Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de marzo de 2015, núm. 77.



artículo 15 limita las posibles actividades privadas que puede ejercer un alto cargo con posterioridad al cese. La ley establece que *“durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, el abogado no podrá prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado”*. Durante estos dos primeros años el abogado del Estado deberá comunicar la Oficina de Conflictos de Intereses las actividades que vaya a realizar.

Estas medidas son meras formalidades ya que los abogados realizan las comunicaciones durante los dos primeros años, pero la realidad es que sí utilizan la información y los contactos obtenidos en la Administración Pública. Al dar el paso al sector privado los abogados del Estado suelen especializarse en aquellas áreas cuyo funcionamiento conocen de cerca por haber estado trabajando con ellas desde la Administración Pública.

La cuestión de la marcha de los abogados del Estado es un tema delicado y preocupante, ya que como se ha mostrado en términos numéricos casi la mitad de los abogados del Estado trabajan en el sector privado, esto es demostrativo de que algo no está funcionando en el sistema, ¿por qué un alto porcentaje de los abogados del Estado se encuentran en excedencia? Las razones fundamentales por las que se produce el abandono son: el poco margen de crecimiento profesional dentro de la administración, la falta de motivación laboral y el limitado incremento de los sueldos en el sector público.

El problema radica en que el sistema de entrada el cuerpo se encuentra anclado en la tradición napoleónica, exigiéndose mucha especialización y conocimiento para formar parte de un cuerpo elitista que trabaja para el Estado. En cambio, no existe una compensación salarial que se encuentre al nivel tal exigencia. Las condiciones del panorama laboral y del mercado de trabajo se han visto modificadas durante las últimas décadas. La aparición de grandes bufetes de abogados y el sistema de fichaje de mercado ha fomentado el lanzamiento de ofertas retributivas atractivas dirigidas a los abogados pertenecientes a este cuerpo elitista y altamente formado.

Es interesante el análisis que hace al respecto Fernández Ortea en la revista jurídica de la Asociación de abogados del Estado. Explica el concepto de carrera horizontal en el ámbito de la Administración Pública, sistema que fomentaría una mayor motivación de los funcionarios y una mayor satisfacción profesional.

Fernández Ortea comienza explicando dos tipos de sistemas administrativos existentes en distintos países; el sistema de “*carrera administrativa*” en el que se accede a un puesto de trabajo en la Administración para ir ascendiendo progresiva y jerárquicamente dentro de ella a través de los distintos empleos y categorías; y el sistema de “empleo público” en el que el acceso a un puesto es exclusivo para el que acredita cualificación sin mucho margen de ulterior promoción. El sistema de carrera administrativa es más dinámico adaptándose a las circunstancias individuales del funcionario, incrementa la motivación y la satisfacción de los empleados públicos. En cambio, el sistema de empleo público se define por su estabilidad y carácter estático, vincula la retribución al puesto, independientemente de la actividad realizada, añadiendo algún complemento salarial por antigüedad o trienios.

En España López-Rodó introdujo el sistema de empleo público en el año 1964. Este sistema, ha demostrado ser excesivamente rígido para las condiciones actuales del mercado laboral y la amplia flexibilidad retributiva existente en el mundo privado. Es por ello por lo que en los años ochenta en España se intenta instaurar un sistema intermedio entre el sistema de “empleo público” y el de “carrera administrativa” con la publicación de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas para la reforma de la Función Pública. Se crea un modelo de progresión de grados, desde el nivel 1 hasta el nivel 30, aspirando a instaurar este deseado modelo híbrido<sup>46</sup>. La realidad es que este sistema lo que establece son 30 niveles de puestos de trabajo que para ser efectivamente un sistema de progresión debería ser complementado con un sistema de escalones de carrera profesional<sup>47</sup>.

La ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público ratifica la necesidad de adaptarse el sistema moderno consagrando un sistema híbrido de carrera horizontal en el que el funcionario pueda promocionarse ya sea por razón de su antigüedad (a través de los trienios) o por razón de su cualificación. Fernández Ortea considera que se debería articular un sistema de grados con escalones de ascenso, fijándose una remuneración para cada uno de ellos y valorándose la trayectoria profesional, la calidad del trabajo y el desempeño. En ese intento de instaurar un sistema híbrido, el EBEP establece unas bases que pretenden mejorar la eficacia del sistema, los estímulos y expectativas de los

---

<sup>46</sup> Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas para la Reforma de la Función Pública. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de agosto, núm. 185.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ ORTEA, José Luis, Ayer, hoy y mañana. La carrera horizontal, esa gran desconocida en la Administración General del Estado. *Revista de la Asociación de Abogados del Estado*, 51, p.25

funcionarios, se trata de cuatro bases retributivas recogidas en el artículo 24 del EBEP, que deberán ser cumplidas por la normativa que desarrolle el Estatuto: a) retribución por la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa b) retribución por la especial dificultad técnica, responsabilidad y dedicación c) retribución por el grado de interés, iniciativa y esfuerzo desempeñado y resultados obtenidos d) retribución por los servicios prestados fuera de jornada normal de trabajo.

La realidad es que, en algunas administraciones públicas, sobre todo a nivel autonómico y local se ha realizado una mayor adaptación a estas directrices consagrando una especie de carrera horizontal que plantea un panorama laboral retributivo más flexible y adaptado a las condiciones particulares de cada funcionario.

En cambio, la Abogacía General del Estado no ha tenido la sensibilidad de consolidar un sistema de carrera administrativa adaptándose al nuevo panorama laboral, y por tanto está sufriendo la tan dramática sangría de abogados del Estado hacia el sector privado. La Administración General del Estado, todavía no se ha adaptado a las cuatro directrices normativas establecidas en el EBEP. Se adapta formalmente a las 3 últimas directrices creando complementos salariales, pero realmente no entra a valorar el desempeño real de los trabajadores. Crea el **complemento específico y de destino** para cumplir con la directriz de especial dificultad técnica, de responsabilidad y dedicación. Crea el **complemento de productividad** para cumplir con la directriz del rendimiento y resultado, crea las **gratificaciones especiales** para cumplir con la directriz relacionada con los servicios extraordinarios fuera de jornada con las. A pesar de ello, dichos complementos son meras formalidades ya que se retribuyen en todo caso y no entran a valorar el verdadero desempeño del abogado. Debemos añadir que falta el desarrollo de normativa se adapte a la primera y fundamental directriz que es la de progresión alcanzada por el funcionario dentro de la carrera administrativa<sup>48</sup>.

Un ejemplo de las implicaciones prácticas que conlleva esta diferencia regulatoria en el ámbito local y autonómico y en el ámbito estatal se manifiesta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la C. Valenciana en la que se deniega a un funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social que reingresa en la Administración General del Estado, el complemento de carrera profesional que venía

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ ORTEA, José Luis, *op. cit.*, p.24

percibiendo en la Comunidad Valenciana porque la Administración Estatal no contempla tal retribución<sup>49</sup>.

Es necesario esclarecer que, a nivel estatal sí que se ha adoptado el sistema de carrera horizontal en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria promoviendo un plan carrera para sus empleados más satisfactorio profesionalmente que ha mejorado la implicación de sus trabajadores. Dicho plan de carrera se traslada no sólo a la AEAT si no a todos los organismos dependientes de ella.

El abogado del Estado José Luis Fernández Ortea, propone una solución basada en cuatro grandes cambios que contribuirían a mejorar el sistema actual de la carrera funcionarial y lo convertirían en un sistema que premia la eficacia y el trabajo de sus empleados.

En primer lugar, el sistema de 30 niveles de puestos de trabajo funcionariales debe ser complementado con un **sistema de escalones de carrera profesional** que permita el ascenso interno sin el cambio necesario de puesto de trabajo. Propone que cada cinco años, se pueda optar a acceder a un escalón superior siempre que se supere una evaluación de rendimiento. Un abogado del Estado nivel 28 accedería a su primera plaza en el escalón uno y podría optar hasta el escalón 6 subiendo de escalón cada 5 años siempre que sus evaluaciones de resultado sean favorables<sup>50</sup>.

En segundo lugar, propone la **fijación objetiva de criterios de evaluación**, dotando a la misma de objetividad e imparcialidad. El examen de rendimiento deberá basarse en datos, estadísticas y proyecciones establecidas con carácter previo, para poder analizar si el desempeño del funcionario ha sido bajo, moderado, ordinario o destacable. Considera que no cabe valorar el rendimiento en términos abstractos si no que debe cuantificarse en relación con la eficacia y el volumen de trabajo. La competencia de profesionalidad técnica debe medirse analizando los específicos méritos y cualidades del abogado, la capacidad de toma de decisiones, organización, planificación, aprendizaje, compromiso, uso adecuado de los recursos, etc.

---

<sup>49</sup> Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 8/2014 de 15 enero. Rec. 2014\85395

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ ORTEA, José Luis, *op. cit.*, p.25

En tercer lugar, se ha de **regular de forma pormenorizada el procedimiento de evaluación** al que se someterá al empleado público para subir de escalafón dentro del sistema. Busca la creación de un instrumento que realmente favorezca la carrera horizontal y no sea un mero complemento que retribuya la antigüedad el funcionario. A título ejemplificativo, destaca el procedimiento creado por el<sup>51</sup> Decreto 5/2017 de la Comunidad Autónoma de La Rioja que condensa los principios inspiradores de la carrera horizontal administrativa.

En último lugar, establece que para el adecuado funcionamiento del sistema se debe **modificar el régimen retributivo** creando el complemento de carrera profesional para cada escalafón. Para ello habrá que modificar la correspondiente partida presupuestaria, basándose en el fundamento legal del artículo 24 del EBEP. Las cuantías de cada grado de carrera se fijarán en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Con este sistema, el plan de desarrollo profesional en la Administración Pública se flexibilizaría, premiaría la consecución de objetivos y una mayor eficacia, asemejándose al sistema de ascenso y retribución existente en los despachos en el sector privado. De esta manera se motivaría al personal a desarrollar al completo su carrera profesional dentro de la Administración General del Estado<sup>52</sup>.

Por último, realizaremos un pequeño análisis de por qué no se da este salto al mundo privado en otros cuerpos de funcionarios como los jueces o los fiscales. Es curioso que la salida al mundo privado en estos cuerpos es mucho menos frecuente. En función de un análisis basado en la lectura de entrevistas y en el seguimiento de experiencias de jueces y fiscales hemos llegado a la conclusión de que dicho salto no se produce por varias razones.

Las tareas desarrolladas por los jueces y los fiscales en la Administración Pública distan de las tareas que posteriormente realizarían en el sector privado, en caso de dar el salto. Los jueces están acostumbrados a dictar la ley, a buscar la objetividad y la imparcialidad en la aplicación de la misma, no han desarrollado su carrera judicial defendiendo los

---

<sup>51</sup> Decreto 50/2017 de 20 de diciembre por el que se Regula la Carrera Horizontal y la Evaluación del Desempeño Personal Funcionario de Carrera de Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y Sus Organismos Autónomos. *Boletín Oficial de la Rioja*, 21 diciembre 2017, núm. 146.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ ORTEA, José Luis, *op. cit.*, p.26

intereses particulares de un individuo. Esto implica una modificación del proceso de razonamiento que siguen a la hora de implementar sus conocimientos jurídicos, conlleva un cambio del proceder al que están habituados a la hora de crear la estrategia jurídica de defensa del cliente. El hecho de pasar de juez a abogado implica flexibilización y adaptación de la interpretación de la ley a los intereses del cliente, manejando las expectativas y exigencias de los mismos. En este sentido, la adaptación de los abogados del Estado al sector privado es más natural ya que las tareas que desarrollan en el sector públicos son las mismas que desarrollarán posteriormente en el sector privado.

Los jueces en la Administración del Estado no trabajan dentro de una estructura jerarquizada en la que reciben órdenes directas de un superior. El juez resuelve sus casos en aplicación de la ley sin recibir órdenes ni pautas de actuación de ningún jefe. Esto da pie a que se complique la adaptación de los mismos al sistema del sector privado, en concreto, al sistema de los despachos en los que hay una clara distribución jerárquica de los puestos de trabajo y siempre se responde ante un superior. Los abogados del Estado, en cambio, trabajan en un cuerpo que se encuentra subordinado a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

Por último, en caso de que el juez decida incorporarse a un despacho de abogados, suelen aspirar a condiciones laborales elevadas como la entrada a nivel de socio. La sociatura implica mucho compromiso tanto a nivel técnico como a nivel económico y de captación de clientes. En muchos casos los jueces no cumplen con el segundo requisito ya que no llegan a generar el negocio suficiente. Suele ocurrir que los abogados del Estado cumplen de manera más satisfactoria este segundo requisito debido a que su labor en la Administración ha sido más dinámica, han tenido contacto con más departamentos, ministerios, clientes y áreas, lo que hace que entablen relaciones con muchas personas dentro de la Administración. Esto favorece a los abogados del Estado a la hora de generar negocio dentro de los despachos. En cambio, la figura del juez en la administración es más imparcial y estática, no tiene contacto directo con las partes ni entabla relaciones personales con las mismas lo que luego deriva en una menor red de contactos dentro de la administración.

#### **4. Supuesto de compatibilidad Autorizado.**

La Ley 3/2015 Reguladora del ejercicio del Alto Cargo, permite en el artículo 13.4.c, la compatibilización del trabajo para el sector público con determinadas actividades privadas. En todo caso el abogado del Estado debe mantener su imparcialidad e independencia correspondientes a su función. Las actividades con las que se admite la compatibilidad son:

- Actividades de mera administración de patrimonio personal o familiar
- Actividades de producción y creación literaria, artística, científica o técnica. Podrán colaborar también puntualmente en seminarios, congresos o conferencias de carácter profesional.
- Actividades de participación en entidades benéficas sin ánimo de lucro o en fundaciones, siempre y cuando no perciban retribución.

Esta situación de compatibilidad con ambos sectores requiere una autorización expresa por parte de la Oficina de Conflictos de Intereses (dependiente del Ministerio de Hacienda).

Existe un pequeño número de abogados del Estado, concretamente 33, acogidos a este régimen, que compatibilizan su trabajo en el sector público con otros negocios de carácter privado. Como consecuencia de ello convierten su nivel de funcionario al nivel 24, lo que implica a una reducción a la mitad de su nómina públicas<sup>53</sup>.

En este sentido, la Resolución de 8 de marzo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>54</sup> diferencia claramente el supuesto de excedencia con el supuesto de compatibilidad. Remarcando que, por un lado, la situación de compatibilidad de la actividad pública principal con una actividad privada o pública requiere una autorización expresa por parte de la Oficina de Conflictos de Intereses (dependiente del Ministerio de Hacienda). Por otro lado, el régimen de excedencia, que requiere la aceptación por el órgano competente y el cumplimiento de 5 años de trabajo bajo la Administración General del Estado.

---

<sup>53</sup> Memoria de la Abogacía del Estado, *op. cit.*, p. 59

<sup>54</sup> Resolución de 8 de marzo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 8 marzo. JUR 2016\166179

## 5. Conflictos de interés.

En determinados casos puede darse el supuesto de que *abogados del Estado litiguen entre sí representando intereses contrapuestos de distintas Administraciones y Organismos públicos*. En dichos casos se procederá de la siguiente manera: para resolver el conflicto los abogados deben atenerse a la normativa especial y a las cláusulas que regulan la asistencia jurídica en los respectivos Organismos Públicos que estén representando. En caso de que la normativa especial no haga referencia al conflicto de interés, la Dirección del Servicio Jurídico se pronunciará y expondrá su criterio para la solución extrajudicial del litigio, en caso de que este sea posible. Una vez la Dirección del Servicio jurídico haya emitido su informe, el titular del Departamento que se encuentre inmerso en el litigio resolverá lo procedente en cuanto a la postura que debe asumir la Abogacía del Estado<sup>55</sup>.

Mencionaremos un litigio interesante en el que se plantea un conflicto de interés debido a la prestación de servicios por parte de la abogacía del Estado en el Consejo de Estado. En la sentencia del Tribunal Supremo 1437/2000<sup>56</sup> el recurrente plantea un supuesto de contraposición de intereses entre el Ministerio de Justicia y el Consejo del Estado por la prestación de servicios de los abogados del Estado en el Consejo de Estado, basándose en el artículo 5 de la Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica al Estado y otras Instituciones Públicas. El Tribunal considera que no puede apreciarse un conflicto de interés siendo el abogado del Estado quien debe representar procesalmente al Consejo de Estado, en aplicación del artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal considera que, aunque dicho artículo no mencione expresamente la representación del órgano consultivo supremo del Gobierno, no existe ninguna razón para entender que se excluye a dicho organismo de la representación.

El Tribunal matiza que, prueba de la inexistencia del conflicto de interés es la defensa efectiva de la posición del Consejo de Estado que realiza el abogado del Estado.

Es posible también, que surjan conflictos de interés cuando *el abogado del Estado en excedencia voluntaria, litiga contra la Administración General del Estado* desde el

---

<sup>55</sup> Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Resolución de reclamación presentada al amparo del art. 24 de la Ley 19/2013. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de mayo 2016.

<sup>56</sup> Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 7ª) Sentencia núm. 1437/2000 de 7 de marzo de 2003



sector privado. En este sentido la Ley 3/2015 de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado establece en su artículo 15, como se ha mencionado anteriormente; que los altos cargos durante los dos años siguientes a la fecha de cese de trabajo para la Administración, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. Así mismo, la ley dicta, que no podrán celebrar contratos de asistencia técnica ni por sí mismos ni por entidades participadas por ellos en más del diez por ciento con la Administración Pública en la que hubiera prestado servicios. Durante este período de dos años, los abogados del Estado en excedencia deberán realizar ante la Oficina de Conflictos de Intereses una declaración sobre las actividades que vayan a iniciar. Cuando dicha Oficina estime que la actividad que se va a iniciar puede incurrir en conflicto de interés se lo comunicará al interesado.

Para la resolución de las incidencias respecto a los conflictos de interés, es competente el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en virtud del artículo 24 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Buen Gobierno<sup>57</sup> junto al Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre<sup>58</sup>.

## **V. COMPARATIVA DEL SISTEMA ESPAÑOL CON EL SISTEMA VIGENTE EN ESTADOS UNIDOS DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.**

### **1. Introducción.**

A continuación, realizaremos un sistema distintos de asesoría y defensa jurídica del Estado para entender el origen y razón de ser de otra organización y las funciones que tienen atribuidas. Se ha seleccionado el sistema americano debido a sus distintas características y a sus interesantes puntos de comparación. El español siendo un modelo con un cuerpo de abogados unificado, generalista y con amplias competencias, el americano siendo un sistema especializado con muchos tipos de abogados, pero todos ellos trabajando dentro de un cuerpo perteneciente al sector público.

---

<sup>57</sup> Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, 10 diciembre 2013, núm. 295

<sup>58</sup> Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, 5 noviembre 2014.

Los dos sistemas tienen una figura central y representante de cada cuerpo con importantes funciones, en el sistema español se trata del Abogado General del Estado, en el sistema americano se trata de “*U.S Attorney General*”, en adelante Fiscal General. En cada sistema tienen distintas competencias.

## **2. Estructura del sistema jurídico americano.**

El Gobierno de Estados Unidos divide sus necesidades de asesoramiento jurídico en 3 tipos: 1) Representación del Gobierno Federal en casos penales 2) Representación del Gobierno en casos civiles 3) Asesoramiento general al Gobierno. En el sistema americano debemos distinguir diferentes tipos de abogados del Estado, a diferencia del sistema español que tiene un Cuerpo unificado de abogados generalistas que llevan litigios de todo tipo.

Debido a la distinción del modelo federal con el modelo autonómico español, a efectos prácticos, aclararemos que el término “estado” en este apartado del escrito hace referencia a una región concreta dentro del sistema federal y el término “Gobierno federal” hace referencia a la representación del país a nivel federal, comprendiendo todos los estados.

En primer lugar, comenzaremos hablando de la figura de “*U.S Attorney General*” que denominaremos en español Fiscal General. Es el abogado que representa al Gobierno Federal en todos los procesos civiles en los que sea parte. Debemos diferenciar el Fiscal General a nivel estatal y a nivel federal<sup>59</sup>. A nivel federal (Gobierno de Estados Unidos), el Fiscal General es designado por el presidente del gobierno. Es el representante del Gobierno ante la Corte Suprema. Se trata de la figura central del escrito y la que más se asemeja al concepto que tenemos en el sistema español de Abogado General del Estado. Es el responsable directo de todos los litigios civiles, los penales son llevados a cabo por el Subfiscal general.

Estados Unidos tiene un modelo centralizado en cuanto a la toma de decisiones sobre políticas y estrategias de defensa del Gobierno federal. Estas se adoptan desde la Oficina del Fiscal General, dicha figura interviene poco personalmente en los litigios. Dicho cometido lo realizan los abogados que trabajan para él, salvo que se trate de casos

---

<sup>59</sup> WOOD RAY, “What's the difference between a State's Attorney, a District Attorney, a U.S. Attorney, and an Attorney General?” *Quora, Juris Doctor Law*, 2018

extremadamente complejos o que afecten a las políticas públicas del Gobierno Federal (por ejemplo, la propuesta del seguro médico obligatorio de Barack Obama).

Debido a la estructura política federal de Estados Unidos, cada estado es autónomo y maneja sus propios asuntos. Según la cláusula de reserva establecida en la Constitución, se presume que cualquier asunto no reservado expresamente al Gobierno Federal, corresponde a los gobiernos de los estados. En general, los estados reproducen el modelo federal, contando cada uno con su propio Fiscal General. Además, cada estado tiene sus propias leyes y reglamentos, de igual forma, cada estado puede desarrollar sus políticas respecto a los litigios que se desarrollen en sus territorios sin intervención alguna del Fiscal General<sup>60</sup>.

La figura de “*State’s Attorney*” es un abogado que representa a un estado concreto en los litigios en los que sea parte. Las funciones de este tipo de abogado varían en función del estado, debido a que cada uno tiene su propia constitución. En determinados estados es una figura que elige el pueblo a través de una votación. Es el abogado responsable de representar al estado correspondiente en todos los procesos penales de un distrito y de asesorar jurídicamente al gobierno de dicho distrito. Los abogados que están bajo su cargo se denominan “*Assistant State’s Attorneys*”. Esta última figura podría asemejarse en el sistema español a los abogados del Estado que ejercen la representación y defensa en juicio de los órganos de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales. Como ya sabemos, en el sistema español, para que se ejerza dicha representación se debe llegar a un convenio entre el gobierno de la nación y el gobierno autonómico o local.

*Respecto a la función consultiva*, el **Fiscal General Estatal** es el abogado asesor del Gobierno a nivel estatal, es elegido por votación popular. Su misión es prestar servicios de asesoría al gobernador y a la asamblea legislativa de dicho estado. En ningún caso representa al estado ante los tribunales, aunque en casos de extrema complejidad podrá ofrecer asistencia. No existe una figura equivalente en el sistema español debido a nuestras diferencias con el modelo de Estado Federal. Sin embargo, la labor de asesoría

---

<sup>60</sup> Constitución de Estados Unidos, 1787

jurídica que realizan los abogados del Estado a los órganos administrativos de las comunidades autónomas podría ser equiparable<sup>61</sup>.

La figura del “*U.S. Attorney*”, es un abogado que trabaja para cada estado en una región judicial concreta. El sistema americano divide los estados en distritos. Por ejemplo, hay un único abogado del estado para el Distrito Norte de Illinois, hay otro abogado del estado para el Distrito Sur de Nueva York y así sucesivamente. La tarea principal de este tipo de abogados es la investigación civil y criminal. Por lo tanto, su tarea en términos estrictos se equipararía a la de un juez de instrucción en el sistema español. En cambio, esta tarea en Estados Unidos es desarrollada por abogados pertenecientes al sector público. No realizan funciones de representación ni de defensa en juicio. Estos abogados realizan la parte de inspección para los juicios en los que está involucrado ese estado o distrito. Además, pueden tener a Abogados a su cargo que reciben el nombre de “*Assistant US Attorney*”<sup>62</sup>.

En el sistema español no cambia la persona responsable de la investigación porque el Estado sea parte en un procedimiento, siempre y en todo caso dicha investigación es realizada por el juez de instrucción. Esta gran distinción radica en la esencialidad de ambos sistemas. En el sistema *adversarial*, anglosajón, el juez ejerce un papel mediador, no realiza tareas investigativas, estas siempre corresponden a los abogados. El papel del juez está limitado al de un espectador neutral cuya única tarea es designar al ganador. Toda aquella prueba que no haya sido introducida por alguna de las partes no podrá ser valorada en todo el procedimiento<sup>63</sup>. En el sistema *continental*, sin embargo, el papel del juez es más activo ya que puede realizar tareas investigativas y de aclaración de las pruebas presentadas. Es por ello que muchas veces el sistema es clasificado por los abogados anglosajones como “*inquisitorial*”.

El sistema americano difiere mucho del español ya que mientras que el anglosajón tiene un tipo de abogado distinto en función del órgano, la ubicación territorial en la que se produce litigio, y las funciones a desempeñar; en el sistema español, sólo existe un cuerpo

---

<sup>61</sup> WOOD RAY, *op. cit.*

<sup>62</sup> WOOD RAY, *op. cit.*

<sup>63</sup> STÜRNER, Michael, *Tendiendo un puente entre el Common law y el Derecho Continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?*, Dykinson, 2007, p. 179

unificado que se encarga de la defensa de los órganos del Estado a cualquier nivel, ya sea a nivel estatal, autonómico o local. La representación y defensa en estos niveles menores de la Administración se acuerda mediante un convenio de colaboración. Sólo en supuestos específicos cuando se de una contraposición de intereses, la representación y defensa de los órganos en estos ámbitos podrá asignarse al sector privado.

En el sistema americano otras ramas del Gobierno como la ejecutiva podrá contratar asesoramiento jurídico privado, estos abogados serán denominados como “Counsel” y no responden directamente ante el Fiscal General (“*US Attorney General*”). A diferencia del sistema español en el que esto no es la regla general se permite en algunos supuestos como por ejemplo cuando surge un conflicto de interés entre la abogacía del Estado que representa a una comunidad autónoma y la abogacía del Estado que representa a otra institución pública.

### **3. Estructura del Departamento de Justicia.**

En este apartado nos centraremos en explicar la estructura, organización y funciones del Departamento de Justicia formado por el Fiscal General y sus dependientes, que como se ha explicado previamente, son los que representan y defienden al gobierno federal en los litigios civiles a nivel federal y ante la Corte Suprema.

#### *3.1 El Fiscal General del Estado “Attorney General”.*

En Estados Unidos la figura principal que ejerce de consejero jurídico del Gobierno es el Fiscal General “*Attorney General*”, como hemos mencionado anteriormente, es el jefe del Departamento de Justicia. Controla y da instrucciones al resto de los Abogados del Estado y a todo el personal asesor contratado bajo el mando del Gobierno. El Fiscal General y los demás abogados que conforman el Departamento de Justicia responden ante el jefe de la rama ejecutiva, el presidente. El Fiscal General puede aplicar tanto las normas federales como las normas estatales correspondientes a cada estado<sup>64</sup>.

Recientemente ha surgido un conflicto en Estados Unidos que ha hecho que la sociedad se replantee la independencia del Fiscal General respecto del presidente del Gobierno. El

---

<sup>64</sup> DERVINS, Neal & HERZ, Michael. *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, EEUU, 2003, p.558.

Fiscal General actual, William Barr alegó que había existido una interferencia por parte del gobierno en el caso en el que se juzgó a Roger Stone. A raíz de esta controversia, un prestigioso jurista americano, Cass R. Sunstein ha propuesto realizar una reforma en el sistema para establecer la independencia del Departamento de Justicia del presidente del Gobierno.

La misión del Fiscal General a nivel federal es supervisar y dirigir el Departamento de Justicia. Interviene personalmente en la resolución de los casos y en la defensa del gobierno federal en pocos supuestos, cuando sean extremadamente complejos o afecten particularmente a políticas públicas del Gobierno Federal. Los litigios en instancias inferiores estarán a cargo del resto de abogados que conforman el Departamento de Justicia<sup>65</sup>.

El Departamento de Justicia se divide en 3 niveles:

- El Fiscal General del Estado (“*Attorney General*”)
- Oficina del Subfiscal General del Estado (“*Deputy Attorney General*”)
- Oficina del Asociado Fiscal General (“*Associate Attorney General*”)

En el sistema español, el Cuerpo de Abogados del Estado depende del ministerio de Justicia pero no conforma el Ministerio como tal ya que este está conformado entre otros por el ministro de Justicia, su gabinete, la secretaria de estado de justicia y la subsecretaría de justicia. El Departamento de Justicia americano tiene muchas funciones ejecutivas asemejándose a las funciones que ejerce el Ministerio de Justicia.

### 3.2 *El Subfiscal General del Estado.*

La Oficina del Subfiscal General del Estado fue creada en 1950 por el Fiscal General Howard McGrath. El Subfiscal General es nombrado por el presidente del Gobierno con el consentimiento y asesoramiento del Senado. Es la segunda línea de mando del Departamento de Justicia y ejerce como Director de Operaciones.

---

<sup>65</sup> The United States Department of Justice (2020). Justice Management Division. *Organization, Mission and functions manual: Attorney General, Deputy and Associate*. <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-attorney-general>.

La misión de la Oficina del Subfiscal General es asesorar y ayudar al Fiscal General en la formulación e implementación de las políticas de actuación desarrolladas en el Departamento de Justicia. Es el responsable de los litigios penales y, además, debe supervisar y dirigir las unidades organizacionales del Departamento.

El Subfiscal podrá ejercer todas las funciones correspondientes al Fiscal General, salvo las que hayan sido asignadas de manera personal al Fiscal General o hayan sido delegadas a alguna unidad concreta del departamento. Las funciones principales de dicha oficina son las siguientes; representación del Departamento de Justicia en las reuniones en la Casa Blanca en el Consejo Seguridad Nacional y en el Consejo de Seguridad Interior, actuación en nombre del Fiscal General para la autorización de registros y vigilancia electrónica, asesoramiento al Fiscal General en la decisión de solicitar la pena de muerte en casos específicos, asesoramiento a la Casa Blanca sobre las decisiones del Presidente en materias de conmutación de penas y garantía de peticiones de perdón, es el responsable de todas las actuaciones del Departamento de Justicia incluyendo todas las cuestiones de contratación, separación y disciplina del personal, coordinación de las reacciones del Departamento ante disturbios y terrorismo, supervisión de asuntos presupuestarios así como certificación al Congreso de la rentabilidad de las inversiones del Departamento de Justicia en tecnología e información<sup>66</sup>.

Estas tareas distan mucho de las funciones que tiene el Abogado del Estado General en el sistema español en el que sus tareas se limitan a la asesoría, representación y defensa de la Administración en juicio. En ningún caso serán los abogados del Estado los que autorizarán registros o la vigilancia electrónica ya que dicha función corresponde exclusivamente a los jueces.

### *3.3 Oficina del Asociado del Fiscal General.*

La Oficina del Asociado del Fiscal General fue creada en 1977 como la tercera subdivisión del Departamento de Justicia, entre sus funciones están las de; supervisión de los departamentos de Derecho Civil, Derecho de Competencia, Derecho Fiscal y Recursos Naturales y Medioambiente.

---

<sup>66</sup> The United States Department of Justice, *op. cit.*

#### 4. Función consultiva del Fiscal General.

El Fiscal General asesora y emite opiniones legales, tanto formales como informales sobre cualquier controversia legal que el presidente, el Gabinete o los jefes de los organismos ejecutivos del gobierno soliciten.

En Estados Unidos, la opinión del Fiscal General tiene mucha relevancia jurídica. Se trata de una interpretación por escrito de una ley existente. Dichas interpretaciones no pueden crear nuevas provisiones que no estén contenidas en la ley y tampoco pueden crear efectos que no sean los previstos por la voluntad del legislador. En ningún caso las opiniones podrán resolver litigios sobre hechos.

En 1925 se creó la Oficina del Consejo Jurídico. Esto se produjo debido a que el Fiscal General no podía desempeñar la función asesora sin ayuda. En muchos casos no es necesario que sea el Fiscal General el que revise personalmente y firme cada opinión jurídica, por lo tanto, es la OCJ la encargada de ello.

Las opiniones pueden ser de dos tipos: formales, aquellas emitidas directamente por el Fiscal General, o informales, aquellas emitidas por el Subfiscal General. Las opiniones formales emitidas por el Fiscal General son vinculantes dentro de la rama ejecutiva, deben ser obedecidas por sus receptores. Dichas opiniones suelen versar sobre asuntos que implican a múltiples organismos<sup>67</sup>. En este sentido la función consultiva del Fiscal General difiere mucho de la función consultiva de los abogados del Estado. En el sistema español, los abogados del Estado emiten informes sobre cuestiones jurídicas, pero en ningún caso estos son vinculantes para ningún órgano al que vayan dirigidos. En el sistema español se considera que en el momento en el que los informes son vinculantes se está convirtiendo al órgano asesor en órgano decisor, por lo tanto, deja de ser estrictamente función consultiva. En este aspecto considero que el sistema español mantiene la esencia del principio independencia más que el sistema americano.

En cuanto a las opiniones informales, no vinculantes, resulta casi imposible seguir la doctrina marcada por todas ellas, debido al número elevado de emisiones que realiza la OCJ. Si el receptor de la opinión informal decide no sujetarse a ella, la OCJ podrá apelar

---

<sup>67</sup> Ken Patxon (2019) Attorney General for Texas. *Attorney General Opinions*  
<https://www.texasattorneygeneral.gov/attorney-general-opinions>



al Fiscal General o incluso al presidente y que este llame al orden a dicho organismo o departamento. Esto ocurre rara vez. Dichas opiniones se asemejan a los informes emitidos por la abogacía del Estado<sup>68</sup>.

## **5. Relación de la función consultiva del Fiscal General con las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial.**

### *5.1 El Fiscal General y la Rama Ejecutiva.*

La rama ejecutiva tiene oficinas legales internas, pero en determinados casos se presentan cuestiones legales internas de mayor complejidad que deben ser dirigidas al Fiscal General. Existen supuestos en los que determinados organismos necesitan saber si legalmente deben actuar en una dirección o en otra, en función de la interpretación de un estatuto, de un tratado o incluso de la Constitución, es en estos casos en los que se consulta al Fiscal General<sup>69</sup>.

El procedimiento de actuación suele ser el siguiente, se presenta una opinión formal al Fiscal General, este puede resolverla personalmente o delegarla a la O.C.J. Se prepara un memorándum que incluye un examen de las cuestiones formuladas, un análisis de la ley aplicable y conclusiones. Como ya sabemos, las opiniones formales emitidas por el Fiscal General, son vinculantes para la rama ejecutiva.

Por otro lado, a lo largo de la historia de Estados Unidos, algunos Fiscales Generales han sido responsables de determinadas decisiones de importancia política. Depende del presidente del Gobierno y del Gabinete, la mayor o menor recurrencia al Fiscal General.

En algunos casos, la opinión del Fiscal General desempeña un papel de conformación de políticas de actuación ya que puede sugerir una forma legal alternativa de conseguir un fin deseado. A pesar de ello, no forma parte del aparato oficial de establecimiento de políticas del departamento, la razón de su existencia es la aclaración de dudas sobre la legalidad de una propuesta y la viabilidad de la misma para convertirla en legal.

---

<sup>68</sup> Ken Patxon, *op. cit.*

<sup>69</sup> Cuerpo de Abogados del Estado, II Congreso Jurídico Internacional con ocasión del centenario del Cuerpo de Abogados del Estado, *La asistencia jurídica de la Administración del Estado en el ejercicio de la función consultiva*, España 1981, p. 261

Por último, el Fiscal General debe orientar a todos los abogados del departamento sobre cuestiones de ética. Los abogados son servidores públicos por lo que deben estar sometidos a un examen de actuación constante. En casos de conflictos de interés, cuando un abogado trabaja en un caso contra el departamento de Justicia habiendo trabajado anteriormente en este, el Fiscal General se pronuncia en forma de opinión permitiendo a los abogados ejercer su trabajo sin comprometer la imparcialidad del Departamento<sup>70</sup>.

### 5.2 *El Fiscal General y la Rama Legislativa.*

Como regla general el Fiscal General no puede asesorar al Congreso. A pesar de ello, influye indirectamente en dicho organismo ya que presta asesoramiento a la Rama Ejecutiva en tres campos: la separación de poderes, el examen de la legislación propuesta y al análisis estatuario y constitucional. No tiene autoridad para emitir opiniones formales vinculantes al Congreso, sin embargo, asesora informalmente al Congreso y a sus comisiones.

El Fiscal General a través de la Oficina de Asuntos Legislativos examina la legislación propuesta. Dicho examen consiste en la identificación de problemas constitucionales o de orden práctico, que existan en la futura ley. Una vez examinado el texto se redacta un informe que es remitido al Congreso, dicho informe podrá oponerse al contenido de la futura ley, sugerir una redacción alternativa o simplemente explicar la razón por la cual el texto es contrario a la Constitución. En caso de que dicho informe se oponga al proyecto de ley, no tiene carácter vinculante por lo que el proyecto podrá seguir adelante. El efecto práctico que tiene el informe es que obliga a que se preste atención a los posibles defectos que tendrá la futura ley.

En caso de que el Fiscal General tenga grandes objeciones sobre el proyecto de ley, podrá recomendar al presidente que vete dicho proyecto. El Congreso tiene la competencia de anular el veto, pero en ese supuesto deberán pronunciarse los Tribunales sobre la validez del veto.

---

<sup>70</sup> Cuerpo de Abogados del Estado, *op cit.* p. 264

En este sentido, en el sistema español, la rama legislativa tiene una relación más cercana con el Cuerpo de Abogados del Estado ya que la abogacía que trabaja en el Ministerio de Justicia es la encargada de redactar la mayoría de las leyes propuestas por el Gobierno.

La mayor repercusión que tiene el Fiscal General en la rama legislativa es en el trabajo de interpretación de las leyes federales. La mayoría de las intervenciones que realiza son por la existencia de ambigüedad estatutaria y como consecuencia el órgano solicitante no sabe en qué sentido aplicar la ley o estatuto. En Estados Unidos ha aumentado el campo del derecho administrativo, el número de organismos y consecuentemente la necesidad de opiniones legales sobre estipulaciones estatutarias. A menos que el Congreso enmiende una ley, la interpretación dada por el Fiscal General obliga al organismo que debe ejecutar la ley en cuestión.

### 5.3 *El Fiscal General y el Poder Judicial.*

El Fiscal General tiene relación con el Poder Judicial como abogado principal del gobierno y como asesor de la rama ejecutiva. El Fiscal General a través del “*State’s Attorney*” actúa judicialmente contra los delitos cometidos en cualquier lugar del país. Este mismo cuerpo de abogados es el que representa al Gobierno en los litigios civiles cuando un miembro de la Rama Ejecutiva se encuentra inmerso en un proceso.

Como ya hemos mencionado anteriormente, el Fiscal General lleva contados casos en nombre del Gobierno, en el resto de los casos se limita a establecer directrices políticas. Las decisiones sobre apelación y preparación de los asuntos son delegadas a los subordinados. Por lo tanto, el asesoramiento sobre litigios gubernamentales se presta de forma descentralizada por abogados de plantilla dentro del Departamento<sup>71</sup>.

Debemos añadir que el Fiscal General tiene relación con el Poder Judicial a través del asesoramiento que presta a la Rama Ejecutiva antes de iniciar cualquier litigio. El Fiscal General intenta evitar la emisión de opiniones legales que puedan interceder en la actuación de un tribunal. La opinión del Fiscal General puede ser citada por los tribunales como autoridad persuasiva pero no es vinculante para los mismos.

---

<sup>71</sup> Cuerpo de Abogados del Estado, *op cit.* p. 266

En conclusión, como dice el Cuerpo de la Abogacía del Estado, el Fiscal General es “el árbitro final dentro de la Rama Ejecutiva. Su consejo puede ser solicitado antes o después de que una ley o reglamentación entre en vigor.” Emite opiniones legales obligatorias dentro de la Rama Ejecutiva, a pesar de ello los jueces no tienen que seguir sus directrices al no pertenecer a dicha rama. Su autoridad se basa en la capacidad que tiene de influencia en la interpretación de la ley.

## **6. Función contenciosa.**

El Departamento de Justicia, bajo el mando del Fiscal General, es el encargado la representación y defensa en juicio del Gobierno Federal. El Fiscal General personalmente representará y defenderá al gobierno federal en pocas ocasiones, esto ocurrirá cuando el caso sea excesivamente complejo o afecte a políticas públicas del Gobierno Federal. La labor de representación está reservada a los funcionarios del Departamento de Justicia bajo las directrices del Fiscal General. Es necesaria la autorización del Congreso para la representación del Gobierno Federal en cualquier proceso en el que sea parte o parte interesada <sup>72</sup>.

El Departamento de Justicia ejerce la representación del Gobierno Federal ante el Tribunal Supremo y en todas las demás cortes, ya sean nacionales o internacionales, cuando el Gobierno sea parte de un procedimiento o tenga interés en el mismo <sup>73</sup>.

Las Agencias Reguladoras son órganos equivalentes en el sistema español a determinados Organismos Públicos como la CNMV, el Consejo de Seguridad Nuclear o la Agencia de Protección de datos. Debemos mencionar que, las Agencias Reguladoras han conseguido obtener mucha independencia jurídica. Tienen su propio asesoramiento legal interno y sus abogados que ejercen su representación y defensa en litigios civiles. El gran problema que se plantea es que son Agencias Estatales y por tanto actúan en nombre del Estado <sup>74</sup>. En el sistema español dichas agencias gozan de independencia funcional respecto a la Administración General del Estado, pero en todo caso su asesoría jurídica, su representación y defensa en juicio se realiza por el Cuerpo de Abogados del Estado.

---

<sup>72</sup> BELL, Griffin. *The Attorney General: The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator or One Among Many?* Fordham Law Review, EEUU 1978, p. 1049.

<sup>73</sup> The United States Department of Justice, *op cit.*

<sup>74</sup> BELL, Griffin. *op cit.*, p. 1052

Existe una gran diferencia en cuanto a la representación y defensa del Estado en el ámbito civil y en el ámbito penal. En el ámbito penal, la representación del Estado se encuentra bajo total control del Departamento de Justicia. Incluso si una Agencia Independiente se ve inmersa en un procedimiento penal, debe entregar la representación y defensa del caso al Departamento de Justicia. Podrá ayudar a elaborar la defensa del mismo, pero en ningún caso podrá ejercer la defensa ante el tribunal.

En cambio, la gran diferencia con el ámbito civil, es que el Departamento de Justicia no puede iniciar un procedimiento sin que una de las Agencias Reguladoras lo haya solicitado. Serán los propios abogados de las agencias los que ejercerán la representación del Estado ante el Tribunal, el Departamento de Justicia únicamente contribuirá asesorando desde un segundo plano. Se invierten los papeles. A pesar de ello, el Departamento de Justicia mantiene poder ya que las Agencias Independientes no podrán iniciar un proceso civil sin la autorización del mismo.

Inicialmente el Congreso buscó dotar de independencia a las Agencias Reguladoras, sin embargo, dicha independencia ha derivado en la excesiva independencia jurídica y consecuentemente en la separación de las mismas del Departamento de Justicia. El precio pagado por esa independencia es alto ya que en algunos casos nos encontramos a dos abogados pleiteando uno contra otro y ambos defendiendo intereses del Estado<sup>75</sup>.

Hay un sector de la doctrina que considera que se debe mantener la independencia de las Agencias Reguladoras, pero introduciendo el matiz de que estas tengan que ser representadas en juicio, en todo caso, por del Departamento de Justicia. Se considera que de esta manera el sistema sería más eficiente y se reducirían los conflictos de interés internos. A pesar de ello, en la actualidad el Congreso vela por la independencia de las Agencias Reguladoras incluso en el ámbito de representación y defensa en juicio de las mismas<sup>76</sup>.

En este sentido el sistema español es más congruente y responde a criterios unificados ya que los Organismos Públicos equivalentes a las Agencias Reguladoras (con sus diferencias por supuesto), gozan de independencia funcional, pero el servicio jurídico que

---

<sup>75</sup> DERVINS, Neal. *op. cit.* p. 558

<sup>76</sup> DERVINS, Neal. *op. cit.* p. 558

reciben es el de los abogados del Estado, de manera que surgen menos conflictos de interés. Serán pocos los casos en los que nos encontraremos, como en el sistema americano, a un abogado del sector privado defendiendo a la CNMV ante otro organismo del Estado. Considero que esto es una contradicción en el sistema americano. Es posible dotar de independencia a dichos organismos sin ceder necesariamente la competencia de representación de los mismos al sector privado.

### **7. Sistema de Elección.**

Respecto al acceso al Departamento de Justicia, el sistema americano dista mucho del español. En Estados Unidos para colegiarse como abogado, existe un proceso que podría asemejarse al de una oposición. Es necesario estudiar una carrera, posteriormente cursar “Law School” y aprobar un exigente examen denominado BAR, con el que te colegias en un territorio concreto. Para acceder al Departamento de Justicia no existe un proceso tan selectivo como el español. Se exigen requisitos generales como tener estatus electoral, ciudadanía estadounidense, residir en Estados Unidos y ser abogado (haber aprobado el bar). EL Departamento de Justicia tiene una Oficina de Contrataciones que es la encargada de los procesos de selección.

Una vez dentro del cuerpo, el Fiscal General a nivel federal es designado por el Presidente del Gobierno, en este sentido el sistema americano se asemeja al español ya que el Abogado General del Estado es nombrado también por el presidente del Gobierno. Los Fiscales Generales a nivel estatal, son elegidos por votación de las personas que residen en el estado en el que van a ejercer. Algunos de los Fiscales Generales son nombrados por los gobernadores, ello varía en función de la constitución de cada estado. Determinados estados prescriben en su constitución requisitos más exigentes para ser elegible como Fiscal General.

### **8. Sistema Retributivo.**

El sistema retributivo del Departamento de Justicia consiste en un sueldo base recogido en los presupuestos del Departamento que va incrementándose en función de las tareas

asumidas por el abogado, los objetivos conseguidos y el puesto que ocupe este dentro del Departamento<sup>77</sup>.

Los abogados que acceden al Departamento sin experiencia laboral previa, son asignados este sueldo base que posteriormente irá incrementándose. El sistema está enfocado en premiar la consecución de objetivos, la eficacia y el desarrollo personal del abogado dentro del Departamento.

Los abogados que acceden al Departamento de Justicia con experiencia laboral de entre 5 y 15 años, negocian con la Oficina de Contratación sus condiciones laborales y su sueldo. La negociación se basa en una combinación de factores como el tipo de trabajo a realizar, el nivel de responsabilidades o los años de experiencia previa. Se trata de un sistema mucho más flexible y adaptado al individuo que el español.

## VI. CONCLUSIÓN.

Podemos concluir que el sistema español de defensa jurídica del Estado es un sistema **completo y generalista** que abarca muchas funciones. Está conformado por abogados del Estado, figura en la que recaen tanto las funciones asesoras como las de representación y defensa del Estado ante los tribunales, en cualquier instancia y ámbito geográfico. En cambio, el sistema americano de defensa jurídica del Estado se encuentra mucho más diversificado y especializado que el sistema español. Existe **un tipo de abogado del Estado para el ejercicio de las funciones asesoras y otro tipo de abogado del Estado para las funciones de representación y de defensa** ante los tribunales.

Considero que es posible mantener un cuerpo tan altamente formado y generalista como el español debido al tamaño del país y el número de litigios existentes. A pesar de ser un cuerpo que cubre todas las ramas jurídicas, no está menos especializado que el americano, debido al estricto proceso de formación al que se someten los abogados del Estado. El sistema español no sería fácil de implementar en Estados Unidos debido a la gran cantidad de sistemas legales distintos que existe dentro del mismo. Cada sistema se adapta a las

---

<sup>77</sup> The United States Department of Justice (2020). *Legal Careers, salaries*.  
<https://www.justice.gov/legal-careers/attorney-salaries-promotions-and-benefits>

necesidades de su país siendo, en mi opinión, el español un sistema con juristas más formados y con mayor calidad jurídica.

En el sistema americano hay mucha facilidad para pasar **del sistema público y privado**, ello se produce por la mayor simplicidad en el proceso de acceso al Departamento de Justicia. No se trata de un sistema basado en un concurso, estándar y objetivo como el español. Es frecuente que los abogados americanos desarrollen su carrera jurídica dentro del Departamento de Justicia. En mi opinión, esto se debe a que el sistema americano es más flexible y motiva el desarrollo del empleado dentro del Departamento de Justicia, premiando la consecución de objetivos y modificando los sueldos en función de las responsabilidades asumidas. En Estados Unidos han conseguido una mayor satisfacción laboral en el sector público que en España.

El Cuerpo de abogados del Estado se encuentra enclavado en un sistema de entrada napoleónico, prestigioso y sacrificado que conlleva a la formación de un cuerpo altamente especializado. Este sistema de entrada es enriquecedor debido a la formación que aporta, aun así, de alguna manera debe equilibrarse con una mayor satisfacción laboral.

Es necesario que la Administración General del Estado adapte las condiciones de los abogados del Estado a la situación del mercado laboral, **actualizando el sistema retributivo** y entrando **a valorar el desarrollo personal de cada abogado y el desempeño en la consecución de objetivos**, como se ha realizado en Estados Unidos. Es acertada la propuesta realizada por Fernández Ortea en la que establece que se debe implementar de manera efectiva la carrera horizontal dentro de la Administración General del Estado.

En lo referente a la función consultiva, el Cuerpo de Abogados del Estado elabora informes que **en ningún caso son vinculantes**, son simplemente un elemento de juicio que se aporta al órgano decisor. En el sistema americano en cambio, el Fiscal General ejerce la función consultiva a través de opiniones formales, **documentos jurídicos vinculantes dentro de la rama ejecutiva**.

En este sentido, en el sistema americano existe más interrelación entre las tareas ejecutivas y jurídicas. Demostrativo de ello es que el Departamento de Justicia liderado



por el Fiscal General es la institución de defensa del estado y a la vez el ministerio de Justicia. En cambio, en el sistema español el Cuerpo de Abogados del Estado es una organización que depende del ministerio de Justicia pero no lo conforma como tal. El **Fiscal General, es por tanto, una figura intermedia entre el Abogado General del Estado y el ministro de Justicia**, ya que ejerce funciones tanto ejecutivas como de representación y defensa del Gobierno Federal. El Cuerpo de Abogados del Estado, ejerce una **labor más independiente**. En mi opinión, enriquece jurídicamente al sistema una mínima independencia del cuerpo de defensa del Estado del poder ejecutivo. En este aspecto, en el sistema español los abogados del Estado tienen mayor libertad de actuación.

Debemos concluir que a pesar de sus diferencias organizativas son dos sistemas con semejanzas y puntos en común como la una **unidad de criterio y actuación** gracias a las ordenes provenientes del Centro Directivo y del Fiscal General respectivamente, la dependencia en alguna medida del Gobierno, y la especialización y prestigio de ambos cuerpos. Ambos tienen modelos de defensa jurídica del Estado con **estructuras técnicas altamente especializadas** que concentran la representación judicial del estado.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

BELL, Griffin. *The Attorney General: The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator or One Among Many?* Fordham Law Review, EEUU 1978, p. 1049-1069

Cuerpo de Abogados del Estado, II Congreso Jurídico Internacional con ocasión del centenario del Cuerpo de Abogados del Estado, *La asistencia jurídica de la Administración del Estado en el ejercicio de la función consultiva*, España 1981, p. 7- 36

DERVINS, Neal & HERZ, Michael. *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, EEUU, 2003, p.558.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina & BLEISTEINER, Oliver “El sistema constitucional de Alemania”. Interacción constitucional entre Unión Europea y Estados miembros (II). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm 15, enero de 2012.

FERNÁNDEZ ORTEA, José Luis. “La carrera horizontal, esa gran desconocida en la Administración General del Estado”, *Revista de la Asociación de Abogados del Estado*, núm. 51, 2020, pp. 24-27.

FRANCIS LEFEBVRE, *Memento Práctico Francis Lefebvre Procesal Civil*, Lefebvre-El Derecho, S.A., 2019, p. 1800-2300

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La Defensa en Derecho del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 1878-1885.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Memoria de la Abogacía General del Estado*, 2017, p.1-60.

SARMIENTO, LARRAURI, José Ignacio, “Los Abogados del Estado: Antecedentes históricos”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 6, 2007, pp. 73-92.

STÜRNER, Michael *Tendiendo un puente entre el Common law y el Derecho Continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?*, Dykinson, 2007, p. 178 -193.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2012.

WOOD, Ray. “What's the difference between a State's Attorney, a District Attorney, a U.S. Attorney, and an Attorney General?” *Quora, Juris Doctor Law*, 2018

## **LEGISLACIÓN**

Constitución de Estados Unidos, 1787.

Judiciary Act September creating the Federal Government 24 September 1789, 1789

Real Decreto estableciendo una nueva Dirección a las inmediatas órdenes y bajo la dependencia del Ministro de Hacienda con el título de Dirección General de lo Contencioso. *La Gaceta*, 1 de enero de 1850, núm. 5633.

Real Orden aprobando el reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado. *La Gaceta*, 1881, núm. 131.

Real Orden nombrando los Vocales del Tribunal que ha de calificar los ejercicios de oposición a las vacantes del Cuerpo de Abogados del Estado. *La Gaceta*, 4 de junio de 1881, núm. 155.

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Real Decreto aprobando el Estatuto de la Dirección general de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, y la plantilla de su personal, que se insertan, *La Gaceta*, 22 de enero de 1925, núm. 22.

Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas para la Reforma de la Función Pública. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de agosto, núm. 185.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de julio, núm. 157.

Orden de 29 de julio de 1994. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de agosto.

Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, 27 noviembre de 1997, núm. 285.

Real Decreto Legislativo 997/2003 de 25 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de julio de 2003 núm. 997.

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Resolución de reclamación presentada al amparo del art 24 ley 19/2013. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de mayo 2016.

Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto cargo de la Administración General del Estado. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de marzo de 2015, núm. 77

Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado*. 11 de noviembre de 2015, núm. 261.

Decreto 50/2017 de 20 de diciembre por el que se Regula la Carrera Horizontal y la Evaluación del Desempeño Personal Funcionario de Carrera de Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y Sus Organismos Autónomos. *Boletín Oficial de la Rioja*, 21 diciembre 2017, núm. 146.

## **JURISPRUDENCIA**

Tribunal Supremo (Contencioso) núm. 1989/4795, de 8 de mayo de 1989.

Tribunal Supremo (Contencioso sec. 3ª), rec. 6073/1993 de 13 de septiembre de 1993

Tribunal Supremo (Contencioso sec. 7ª), rec. 9745/1992 de 15 de noviembre de 1995

Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 7ª) Sentencia núm. 1437/2000 de 7 de marzo de 2003.

Tribunal Supremo (Contencioso, sec. 6ª), rec. 1450/2012 de 9 de febrero de 2015

Tribunal Constitucional (Primera), núm. 82/1983, de 7 de noviembre de 1983, rec. 34/1983

Tribunal Constitucional (Segunda), núm. 69/1985, de 27 de junio de 1985, rec. 681/1984.

Tribunal Constitucional (Primera), núm. 4/1995, de 11 de febrero de 1995, rec. 2559/1993

Tribunal Constitucional núm. 4241/1994 de 22 de abril de 1998

Tribunal Superior de Justicia Castilla y León (Valladolid) (Social, sec. 1ª). núm. 561/2004 de 8 de junio de 2004, rec. 561/2004.

Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 8/2014 de 15 enero de 2014. Rec. 2014\85395.

## **SITIOS WEB**

Bagues, Manuel (2014). Estadísticas Cuerpo Abogacía del Estado. <http://www.manuelbagues.com/Abogados%20del%20Estado.html>

Ken Patxon (2019) Attorney General for Texas. *Attorney General Opinions* <https://www.texasattorneygeneral.gov/attorney-general-opinions>

Ministerio de Justicia (2013). Abogacía General del Estado. *Subdirección General de Servicios Consultivos*. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/subdireccion-general>.

The United States Department of Justice (2020). Justice Management Division. *Organization, Mission and fuctions manual: Attorney General, Deputy and Associate*.  
<https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-attorney-general>

The United States Department of Justice (2020). Legal Careers, salaries.  
<https://www.justice.gov/legal-careers/attorney-salaries-promotions-and-benefits>

## **ANEXOS**

	<b>ESPAÑA</b>	<b>EEUU</b>
<b>Figura Central</b>	<b>Abogado del Estado</b>	<b>Fiscal General</b>
<b>Organización Estatal</b>	Monarquía parlamentaria con organización territorial autonómica	República federal constitucional organizada territorialmente en estados
<b>Funciones</b>	Consultiva y Contenciosa	Consultiva y Contenciosa a nivel federal únicamente
<b>Ámbito geográfico de actuación</b>	Todo el territorio español ante cualquier instancia	Procedimiento ante tribunales federales
<b>Criterios de elegibilidad</b>	Español, graduado en derecho, aprobado los 5 ejercicios de la oposición	Ciudadanía estadounidense, haber aprobado el bar, tener estatus electoral, residencia en Estados Unidos
<b>Sistema de acceso</b>	Oposición	Negociación con la Oficina de Contrataciones para entrar al Departamento de Justicia.
<b>Designación</b>	Designación por el Ministro de Justicia	Designación por el Presidente del Gobierno.
<b>Característica distintiva de la figura</b>	Amplia formación en todas las ramas del derecho, representación y defensa del Estado ante cualquier tribunal y en cualquier ámbito geográfico.	Prestigio y peso jurídico de las opiniones formuladas por el Fiscal General. Defensa del Estado en juicios muy complejos.
<b>¿La función consultiva es vinculante?</b>	No es vinculante	Las opiniones formales son vinculantes en la rama ejecutiva. Las opiniones informales nunca son vinculantes.



<p><b>Relación con el sector privado</b></p>	<p>Poca dependencia del sector privado.</p> <p>Se pueden dar 2 supuestos:</p> <p>-Algunos abogados trabajan en un <b>régimen de compatibilidades</b>.</p> <p>-<b>Excedencia</b>: abandono del sector público tras 5 años de trabajo en el mismo.</p>	<p>Mucha movilidad del sector privado al público y viceversa.</p>
<p><b>Satisfacción laboral y sistema retributivo</b></p>	<p>Menor satisfacción laboral, el sistema retributivo es poco flexible y valora la consecución individual de objetivos.</p>	<p>Mayor satisfacción laboral, sistema retributivo flexible, se premia la eficacia, la mayor asunción de responsabilidades y los logros individuales de los abogados.</p>