



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Comisión Jurídica

INFORME C.J. Nº 2/2012

LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA COMO SERVICIO PÚBLICO. LA SUSPENSIÓN DE LAS DESIGNACIONES Y OTRAS REACCIONES ANTE LAS DEMORAS EN EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

En España hay más de 36.000 abogados adscritos al turno de oficio¹, 30.000 al servicio de asistencia letrada al detenido y unos 4.000 adscritos a los servicios de orientación jurídica, sobre un total de 130.511 abogados ejercientes residentes².

El presupuesto que destinan las Administraciones Públicas a la gestión de la asistencia jurídica gratuita ha supuesto en el año 2010 un total de 256,6 millones de euros. De esta cifra, el grueso corresponde al turno de oficio, con un 66% del total. Fueron atendidas en este año casi 1.700.000 personas, de forma que el coste medio se puede fijar en 154 euros por persona, y los asuntos despachados fueron aproximadamente 1.600.000. Se recibieron 635.000 solicitudes de asistencia jurídica gratuita.

El presupuesto que se ha destinado en el año 2010 al servicio supone un 4% menos que en el año anterior según el V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita y es de prever que será aun menor en el año en curso³. Este presupuesto es una partida menor si se compara las cantidades destinadas a otros servicios. Por poner un ejemplo, la Comunidad Autónoma de Madrid destinará a la asistencia jurídica gratuita un total de 29 millones de euros, frente a los 7.172 millones que corresponden a los servicios sanitarios.

¹ De abogado de pobres puede calificarse al patrono de la Abogacía, Santo Ivo. De él se decía "Sanctus Ivo erat brito/ advocatus et non latro/ res mirando populo".

² V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, 2011.

³ Por poner tan solo un ejemplo el 29 de septiembre de 2011 el Consejo de Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña (CICAC) presentó un recurso de reposición en el que pide la suspensión cautelar de la disminución impuesta por la Generalitat de Catalunya de un 5% en la retribución tanto del turno de oficio como de los gastos de gestión. Fuente: Europa Press.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

En el contexto global actual de restricción del gasto público las partidas presupuestarias destinadas al turno de oficio se ha visto afectadas por los recortes presupuestarios generalizados, tanto como cualquier otra salvo, por ahora, las destinadas a los servicios sociales esenciales, calificación que solo reciben sanidad y enseñanza. Las Administraciones públicas⁴ imponen a los abogados y procuradores una disminución de las indemnizaciones a percibir por la prestación del servicio, como ya hicieron con funcionarios en general, profesores o contratistas de obras públicas⁵. A ese dato se suma que las solicitudes de asistencia jurídica gratuita se incrementan en tiempos de crisis, en particular en relación con asuntos de contenido patrimonial y despidos, ya que cada vez más ciudadanos necesitan los servicios y pasan a formar parte del grupo de los posibles beneficiarios.⁶

Interesa destacar, desde un primer momento, que el funcionamiento del servicio es más que satisfactorio. Son muchas las encuestas y datos que se pueden aportar en la materia, pero basten como ejemplos las dos últimas publicadas por el Observatorio de la Justicia Gratuita. En la realizada a sus usuarios por el Colegio de Abogados de Alicante en el último año un 80% de los casos se considera como “muy buena” la calidad del servicio y en un 20% la valoran como “alta”, lo que da un idea del elevado nivel de profesionalidad en los abogados adscritos y de eficacia en la gestión. En la que se llevó a cabo por el Colegio de Abogados de Madrid el porcentaje de satisfacción de los ciudadanos es muy estimable, destacando el dato de que el

⁴ Los medios de comunicación reflejan que en muchas Comunidades Autónomas los presupuestos resultan ser insuficientes para el pago de las indemnizaciones o se producen demoras en los pagos, entre ellas en Madrid, Andalucía, Comunidad Valenciana y Galicia. No existen noticias de que los pagos se retrasen en las Comunidades Autónomas que no han recibido las transferencias en materia de justicia.

⁵ La Comunidad Valenciana está negociando con los Colegios de Abogados el pago de la deuda pendiente a cambio de congelar la partida presupuestaria para los años próximos. Fuente Europa Press. Por su parte la Comunidad Foral de Navarra ha presentado, en diciembre de 2011, un proyecto de reforma del Reglamento de Asistencia Jurídica en el que plantea una revisión a la baja de los honorarios que cobran los más de 300 letrados adscritos al turno de oficio en la Comunidad Foral.

⁶ Valga como ejemplo el que proporciona el Colegio de abogados de Cáceres, que ha ofrecido recientemente sus datos: en 2008 se tramitaron 4.063 expedientes de justicia gratuita, en 2009 subieron a 5.026, y en 2010 ya se llegó a 5.500 solicitudes. La cifra sigue aumentando y su Decano declaró a la prensa, el 16 de octubre de 2011, que se encuentran desbordados. Por citar otro ejemplo, en Navarra las solicitudes de justicia gratuita han pasado de las 1.697 de 2000 a las 8.794 del 2010.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

80% considera que los servicios ofrecidos tanto por el abogado del turno de oficio como por el Colegio son excelentes o buenos⁷.

A pesar de la magnitud de estos datos, la asistencia jurídica gratuita no es un tema que suscite especial interés en la doctrina científica, con la sola excepción de sus aspectos procesales⁸. La doctrina procesal ha dedicado su atención a la asistencia jurídica gratuita pero siempre desde el enfoque de los derechos de los solicitantes y sin analizar, salvo alguna notoria excepción, la estructura del servicio público. Tampoco existe un tratamiento exhaustivo en la jurisprudencia, buena prueba de que el servicio funciona de forma correcta⁹. Las monografías, artículos y sentencias que ofrecen algún interés para este informe en particular se refieren, casi de forma exclusiva, a la crisis de los años 80, en la que varios Colegios de Abogados suspendieron total o parcialmente las designaciones como protesta ante los impagos o demoras en el pago de las subvenciones asignadas con tal fin¹⁰. Y no hay estudios monográficos acerca de la naturaleza jurídica de las indemnizaciones que perciben los abogados por la prestación de sus servicios o acerca de la calificación de la relación que la Administración Pública mantiene con los Colegios en la materia. Tampoco los medios de comunicación, salvo en aquella época y en la actual, han puesto sus ojos en el tema.

⁷ V Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita, Consejo General de la Abogacía Española-La Ley, La Ley, Madrid, 2011.

⁸ La monografía de Cid Cebrián, Manuel, *La justicia gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*, Pamplona, 1995, destaca, a estos efectos, en cuanto supera el marco del tratamiento procesal y propone un enfoque global del problema. Y desde la perspectiva del servicio público resulta de gran utilidad el estudio *L'aide juridique pour un meilleur accès au droit et a la justice: rapport adopté par la Section du Rapport et des Etudes le 26 avril 1990, Conseil d'Etat*, Section du Rapport et des Etudes, Paris, La Documentation Française, 1991. El tratamiento es exhaustivo y preciso en el *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2005, aunque se refiera a un aspecto en particular de la materia.

⁹ Destaca en este aspecto el Informe, de 11 de noviembre de 2008, elaborado a solicitud del Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Consejo General de la Abogacía, tras los Acuerdos adoptados en fecha 29 de octubre de 2008 por el Colegio de Gijón, en los que se prevé la suspensión de designaciones de abogados del turno de oficio a partir del día 1 de noviembre de 2008, salvo en casos de emergencia. En este exhaustivo informe sobre la suspensión del servicio de asistencia letrada al detenido y turno de oficio por los Colegios de abogados se aportan datos sobre las sentencias dictadas hasta el momento en la materia.

¹⁰ En esa época el Pleno del Tribunal de Cuentas elevó a las cortes Generales el informe número 32, de 17 de junio de 1985, Informe de fiscalización de la subvención al Consejo General de la Abogacía (para indemnizar a los Abogados sus actuaciones en el turno de oficio y en la asistencia al detenido). Este informe, que contiene interesantes datos, fue objeto de un voto particular del Fiscal del Tribunal de Cuentas, que entendía que el Tribunal se excedía en su función fiscalizadora.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

De ahí que los conceptos utilizados para la descripción de las reacciones que se plantean ante las deficiencias en la asignación de recursos presupuestarios al servicio resulten poco precisos y se refieran, acriticamente, a estos conflictos como “huelgas” de abogados. Se aprecia también en el momento actual un caldo de cultivo adecuado para la formulación de propuestas de reforma, más o menos meditadas, ya sea la de la “externalización” del servicio¹¹, mediante la adjudicación a despachos o empresas¹², ya la de la creación de un nuevo cuerpo de funcionarios, ya la de la devolución de competencias en materia de justicia al Estado¹³. Al parecer, alguna Administración tiene previsto resucitar el enterrado sistema de tasas judiciales¹⁴, creando una tasa por servicios materiales y judiciales en el ámbito de la justicia¹⁵ e incluso se ha propuesto la utilización de la fórmula de la Agencia, que centralizará los recursos y acabará con el problema¹⁶.

¹¹ Lo cierto es que aunque estas ideas parecen persistir no hay declaraciones directas en este sentido de ningún responsable político. Por el contrario, durante el X Congreso de la Abogacía celebrado en Cádiz en noviembre de 2011, el Ministro Francisco Caamaño expresó: “*No hay un sistema de Justicia Gratuita mejor que el actual*”. El Ministro valoró también el esfuerzo de los abogados “*por prestar un servicio fundamental en un Estado de Derecho como es la Justicia Gratuita, en el que no hay un sistema mejor que el español, y nadie mejor que los abogados para defenderlo, ni mejor fórmula que la que existe*”. Fuente: EFE.

¹² La Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid convocó en 18 de diciembre de 2008 un procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios de “*orientación jurídica para personas mayores*”. Fue adjudicado a Legalitas. Se presentó un recurso por parte del Colegio de Abogados de Madrid que determinó la suspensión de la adjudicación. Se argumentaba que este servicio se prestaba por el Colegio de Abogados mediante convenio con la Comunidad Autónoma.

¹³ La Comunidad Autónoma de Madrid se ha mostrado partidaria de devolver la gestión de la justicia al Gobierno tras constatar que su transferencia “*no había reportado ningún beneficio para los ciudadanos*”. Señala que a pesar de incrementar el presupuesto un 230% desde 2003, no se ha aumentado la eficiencia judicial. Las declaraciones se produjeron en noviembre de 2011. Fuente: Expansión. Por su parte la Junta de Castilla y León reclama 163,2 millones de euros para asumir las transferencias, 30 millones más que lo ofrecido por la Administración General del Estado.

¹⁴ Desparecieron con la Ley 25/1986, de 14 de diciembre, de supresión de tasas judiciales, que fue considerada un gran avance en cuanto a los derechos de acceso a la justicia.

¹⁵ Según noticias de Reuters en diciembre de 2011 la Generalitat de Catalunya se ha propuesto crear una tasa para los que denomina “*servicios personales y materiales en el ámbito de la justicia*”, con la que prevé ingresar 25 millones de euros. La medida se enmarca, al parecer, en el Anteproyecto de la Ley de Medidas Fiscales y Financieras para 2012.

¹⁶ El 2 de noviembre de 2011 el Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, Fernando de Rosa, se pronunció favorablemente sobre la posibilidad de poner en marcha de una agencia estatal para evitar disparidades en el pago de los abogados del turno de oficio entre las distintas Comunidades Autónomas. Si bien de la propuesta se



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

En este momento varios Colegios de Abogados se encuentran en una situación semejante a la que se produjo en los años 80. Tienen dificultades para recibir las indemnizaciones que les corresponden los abogados de Andalucía, Madrid, la Comunidad Valenciana, Cataluña y Valencia y sus respectivos Colegios han recurrido a reacciones como las manifestaciones, las protestas ante las Administraciones Públicas y la suspensión de las designaciones, sea de manera temporal o sea de manera parcial¹⁷. Parece, por tanto, oportuno, tratar de clarificar algunos conceptos.

El derecho de defensa y su configuración constitucional.

El artículo 119 de la Constitución dispone:

“Artículo 119. La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”

Esta previsión se encuentra en directa relación y resulta coherente con los derechos otorgados a los ciudadanos por los artículos 24 y 25, pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, y ha sido objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En su artículo 20.2 dispone:

desprende con claridad que los baremos de pago deben ser únicos en España no aparece con igual claridad si esta gestión de las asignaciones tributarias supone un desapoderamiento de las Comunidades Autónomas. Los presidentes de la Asociación de Abogados por un Turno de Oficio Digno (Altodo) y la Asociación Libre de Abogados (ALA) se han mostrado partidarios de la propuesta, que fue inmediatamente rechazada por el Consell de l'Advocacia Catalana. Fuente: EFE.

¹⁷ En el ejemplar de noviembre del Newsletter que publica el Consejo General de la Abogacía Española consta el reflejo de varias de estas noticias, sobre las que los medios de comunicación insisten a diario. Por citar algunos ejemplos, el 15 de noviembre de 2011 el Colegio de Abogados de Madrid convocó una jornada de puertas abiertas y suspendió las designaciones. En Granada, desde el acuerdo del 16 de septiembre de 2011, el Colegio de Abogados ha suspendido las designaciones en el servicio de asistencia a detenidos, con el limitado alcance de cuatro horas los martes. En todo caso, la Junta de Andalucía ha puesto el asunto en manos del Ministerio Fiscal, sin que en el momento en que se cierra este informe consten los resultados.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

“Artículo 20.

- 1. La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la Ley.*
- 2. Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.*
- 3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita.”*

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial dedica el Título II del libro VII a los abogados y procuradores, define sus funciones y competencias¹⁸ y establece:

“Artículo 545.

- 1. Salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los procuradores y abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes.*

¹⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

“Artículo 542.

- 1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.*
- 2. En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.*
- 3. Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

Artículo 543.

- 1. Corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.*
- 2. Podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice.*
- 3. Será aplicable a los procuradores lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.*
- 4. En el ejercicio de su profesión los procuradores podrán ser sustituidos por otro procurador. También para los actos y en la forma que se determine reglamentariamente podrán ser sustituidos por oficial habilitado.*

Artículo 544.

- 1. Los abogados y procuradores, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
- 2. La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.”*



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

2. Se designarán de oficio, con arreglo a lo que en aquéllas se establezca, a quien lo solicite o se niegue a nombrarlos, siendo preceptiva su intervención. La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley.

3. (...)

Artículo 546.

1. Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes” (...).”

La declaración constitucional sobre la justicia gratuita del artículo 119 de la Constitución se transforma en la Ley Orgánica en “*un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho*”, sistema supone un marco constitucional relacionado con los derechos reconocidos en el artículo 24 y que incluye determinadas prestaciones por parte del Estado. No existe, como se aprecia, otra obligación que la del resultado, de modo que el objetivo final podría cumplirse de distintos modos siempre y cuando se asegure que el acceso a la justicia de los ciudadanos sea real y efectivo¹⁹.

La configuración constitucional del sistema de asistencia jurídica gratuita no determina la existencia de un servicio público, entendido el término en sentido clásico, o de una organización de titularidad pública

¹⁹ En el derecho comparado cabe la cita de dos posibles sistemas. En Estados Unidos el sistema, originalmente privado y benéfico, cambia tras la Sentencia *St Gideon v. Wainwright* de 1963, en la que se exige que toda persona que pudiera ser condenada a más de un año de cárcel tuviera defensa gratuita. Desde entonces el sistema de protección se incluye en los programas de luchas contra la pobreza. La norma vigente es la *Legal Services Corporation Act* de 1974, que instrumenta el servicio a través de oficinas de barrio. El sistema en Europa se basaba en encomendar la tarea a los abogados, en una supuesta “obligación honorífica”. Los modelos tipo actuales se recogen en las leyes, como la italiana de 1990, la alemana de 1980, la británica de 1985 o la francesa de 1991, en caso todos los casos para un proceso o caso concreto. Los servicios se encomiendan a abogados en ejercicio, ya sean independientes o adscritos a un turno de oficio. Ver Gutiérrez Zarza, Angeles, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, prólogo Vicente Gimeno Sendra, Madrid, Colex, 1998. Pags 29 y ss. Parte de estas normas puede consultarse en la documentación recopilada por el Congreso de los Diputados para la tramitación de la ley vigente. Se ha de dejar constancia, en todo caso, de que el modelo español es sustancialmente igual al que impera en la generalidad de Europa, es decir, un modelo de asistencia para cada concreto proceso



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

al servicio del sistema. Así se aprecia en la diferencia con las formulas utilizadas para la educación o el sistema de salud:

“Artículo 27.

- 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. (...)*
- 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
- 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.”*

“Artículo 43.

- 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
- 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”*

Por estas razones queda deferida al legislador ordinario la configuración de este derecho, de carácter prestacional, configuración sobre cuyos límites se han pronunciado tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como nuestro Tribunal Constitucional.

En cuanto al primero, en la línea de lo expuesto, se entiende que el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio, entendido ahora en sentido amplio, por la sola obligación de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos. Ha de asegurar el derecho a un proceso justo, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 6.3.c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Humanos y Libertades Fundamentales²⁰ y en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹. En términos semejantes se recoge este derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²².

²⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

“Artículo 6 .Derecho a un proceso equitativo

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a. a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

“Artículo 14. (...)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c. A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. (...)

²² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

“Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley.

Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conectado el derecho a la asistencia jurídica gratuita con el menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, en doctrina consagrada en las Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey) 25 de abril de 1983 (caso Pakelli contra Austria) y 13 de mayo de 1980 (caso Artico). La garantía de esta asistencia jurídica gratuita no se cubre con un simple nombramiento o designación de un defensor, es precisa una actividad positiva del estado que garantice efectivamente esta asistencia, de modo que esta “efectividad del derecho”, guarda directa relación con la igualdad de las partes en el proceso²³.

Esta línea de razonamiento ha determinado un cambio cualitativo en todos los países que tienen implantado un sistema de asistencia jurídica gratuita semejante al nuestro, prácticamente todos los europeos. Desde una concepción de la asistencia como un deber personal del abogado, basado en la beneficencia y justificado por la postulación obligatoria, se llega al derecho constitucional e internacional. El argumentario clásico en que se basaba la “defensa de pobres” no tiene cabida desde el momento en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 23 de noviembre de 1983 (caso Van der Musselle) entiende que ha de ser el Estado quien pague las indemnizaciones debidas a los abogados en los casos de asistencia gratuita²⁴.

Los aspectos básicos que se incluyen en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden también apreciarse en la del Tribunal Constitucional²⁵. Sin que sea preciso, a los efectos de este informe,

²³ Arangüena Fanego, Coral, *Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita*, en García Roca, Javier, y Santolaya, Pablo, coordinadores, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 2ª ed., pags. 431 y ss.

²⁴ Así lo sostiene Cid Cebrián, Manuel, *op. cit.*

²⁵ Gonzalez Rivas, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional, Comentario sistemático de la Constitución*, Pamplona, Cívitas, 2011.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

un estudio completo de esta jurisprudencia²⁶ han citarse tres Sentencias por su especial relevancia en cuanto a la caracterización del servicio público y sus límites. Las dos primeras delimitan el contenido esencial del derecho, concebido como un derecho prestacional. La tercera se refiere a los límites que el legislador puede imponer para salvaguardar la eficacia del sistema de asignación de recursos públicos, límites entre los que destaca el del análisis de la sostenibilidad de la pretensión.

En la Sentencia 16/1994, de 17 de febrero de 1994, que resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juez de Distrito de Rentería acerca de la interpretación de la expresión constitucional “en todo caso” y su compatibilidad con la fijación de módulos económicos para el acceso a la justicia gratuita, el Tribunal señala que el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 C.E.) ***es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, al llevar a cabo la referida configuración legal, el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible***²⁷, contenido que deriva de la fórmula constitucional (“en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”).

²⁶ Entre otras, caben las referencias a las siguientes: Sentencia 152/2000, de 12 de junio de 2000, sobre el derecho a ser asistido por abogado de oficio incluso en procedimientos administrativos sancionadores en los que no preceptiva la intervención de un abogado, Sentencia 55/2008, de 14 de mayo de 2008, sobre la necesidad de suspensión del proceso en espera de la designación, Sentencia 117/1998, de 2 de junio, en cuanto al derecho de asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas, Sentencia 175/1994, de 7 de junio, sobre la efectividad del derecho a la asistencia letrada, en cuanto derecho a la asistencia real y efectiva, Sentencia 138/1988, de 8 de julio, sobre el beneficio justicia gratuita en relación con la inactividad judicial, Sentencia 97/2001, de 5 de abril, relativa al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, Sentencia 180/2003, de 13 de octubre, sobre la modificación de los requisitos que permiten el acceso al beneficio de la justicia gratuita, Sentencia 74/2003, de 3 de marzo, relativa a los conceptos de indefensión formal y material, Sentencia 217/2007, de 8 de octubre de 2007, sobre el derecho de acceso a la justicia gratuita en relación con una reclamación de cantidad interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios en defensa de uno de sus asociados contra una compañía de seguros, Sentencia 3/1983, de 25 de enero, en relación con Ley de Procedimiento Laboral y la necesidad de consignación para recurrir, Sentencia 12/1998, de 15 de enero, en juicio de constitucionalidad sobre la potestad de análisis de sostenibilidad de la pretensión, Sentencia 9/2008, de 21 de enero del 2008, relativa al derecho a la asistencia jurídica gratuita en favor de quien se persona como acusación particular y Auto del Tribunal Constitucional 93/1980, de 13 de noviembre, que admite que cabe el amparo contra actos emanados de los Colegios de Abogados en ejercicio de potestades públicas.

²⁷ Negritas y subrayados de la autora, tanto este como los que siguen.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Este núcleo indisponible supone que ***la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia.***

Entiende el Tribunal que, desde ese punto de vista, la opción legal por un sistema de módulos, relacionado con el salario, es un criterio respetuoso con el contenido indisponible del artículo 119 de la Constitución, ya que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. En esta Sentencia del Tribunal Constitucional constan dos votos particulares.

Posteriormente en la Sentencia 95/2003, de 10 de junio de 2003, tras el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, el Tribunal se pronuncia acerca de la posible inconstitucionalidad de limitar el derecho a la justicia gratuita para los extranjeros a aquellos que “residan *legalmente en España*”, previsión incluida en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. El Tribunal concluye que el precepto es nulo en cuanto ***existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, así sucede con aquellos derechos fundamentales que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que constituye fundamento del orden político español.***

Insiste el Tribunal Constitucional en que el derecho a la justicia gratuita no es un derecho absoluto e ilimitado sino que por el contrario se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, pero ***la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*** Y de nuevo se establece la conexión entre los dos preceptos: toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. También en esta sentencia constan dos votos particulares.

En resumen, en estas y otra sentencias²⁸ se insiste en dejar claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, en cuanto existe un deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia o, lo que es lo mismo, el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva. De este modo el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que en principio carece del estatuto propio de los derechos fundamentales, lo alcanza a través de su conexión con el artículo 24 de la Constitución²⁹.

Por otra parte, se ha de citar también por su trascendencia para el asunto objeto de este informe la Sentencia 12/1998, de 15 de enero de 1998. En ella el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de León, en relación con los artículos 36 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez entendía que estos preceptos, reguladores del procedimiento establecido para la obtención de un juicio sobre la sostenibilidad de la pretensión de quien haya obtenido el beneficio de justicia gratuita, contradecían el contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 C.E. porque, en primer lugar, *“el justiciable no puede ser compelido a expresar cuál es su pretensión hasta que ésta no reciba la forma y expresión adecuada, por parte del profesional del Derecho que el Estado ha de suministrar al primero”*, en segundo lugar *“porque el derecho a la tutela judicial efectiva supone que el juicio de sostenibilidad de la pretensión provenga de un órgano judicial”*, con la posibilidad de que se deniegue el acceso al proceso sobre la base de una decisión no jurisdiccional y, en tercer término, porque la regulación cuestionada conduce al resultado *“de que los ciudadanos con medios suficientes pueden sostener lo insostenible, a su arbitrio y capricho,*

²⁸ Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, 2ª ed., Granada, Comares, 1999, dedica un exhaustivo estudio a este tema.

²⁹ En la misma línea de razonamiento el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2000, aclara que el precepto *“ha de ser analizado con las mismas pautas que los preceptos relativos a los derechos fundamentales”*, basándose en la tesis de la directa vinculación entre los derechos reconocidos en el artículo 24 y los reconocidos en relación con la insuficiencia de recursos para litigar.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

mientras que los pobres no tienen derecho a una respuesta propiamente judicial sobre lo indefendible de sus pretensiones’.

Conviene recordar que mediante este sistema, ya derogado, se determinaba si la pretensión que deseaba ejercitar el solicitante del beneficio de justicia gratuita era o no “sostenible”, es decir, si dicha pretensión poseía o no un fundamento, base o respaldo suficiente en el ordenamiento como para no poder ser tachada de arbitraria, absurda, abusiva, caprichosa. Si el Abogado de oficio designado, a la vista de los datos, documentos o antecedentes suministrados por éste, consideraba insostenible la pretensión principal para cuya defensa había sido nombrado, podía poner este extremo en conocimiento del órgano judicial, el cual había de trasladar la documentación al respectivo Colegio de Abogados. Si dicha Corporación emitía dictamen en el mismo sentido, solicitaba entonces un segundo dictamen al Ministerio Fiscal. Si cualquiera de los dos dictámenes consideraba sostenible la pretensión, las actuaciones se entregaban a un segundo Abogado del turno de oficio, para quien resultaba obligatoria la defensa; por contra, en el caso de que ambos dictámenes fueran coincidentes con el reparo de sostenibilidad formulado por el Abogado designado en primer término, el interesado perdía automáticamente el derecho a disfrutar de una defensa técnica gratuita.

El sistema es muy semejante al instaurado por la vigente Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, en cuyos artículos 32 a 34 se establece igualmente que si el Abogado designado para un proceso considera insostenible la pretensión así lo pondrá de manifiesto ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual recabará sucesivamente los dictámenes del Colegio de Abogados y del Ministerio Fiscal, procediendo a la designación de un segundo Abogado en caso de que alguno de dichos dictámenes discrepe del criterio del primer Letrado, o desestimando la solicitud de asistencia jurídica gratuita en caso de coincidencia entre ellos.

El Tribunal Constitucional rechaza los argumentos expuestos en la cuestión y señala que el obstáculo que para el derecho de acceso a la jurisdicción supone la regulación legal cuestionada no puede comportar, sin



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

más, la inconstitucionalidad de la referida normativa. El legislador puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución. En efecto, y a la vista del preciso contenido de la regulación legal cuestionada, ***obligado es concluir que la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión del interesado tiende, ante todo, a asegurar que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público***; persiguiendo, además, la finalidad de evitar el ejercicio abusivo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifiestamente abocadas al fracaso.

Añade, por otra parte, el Tribunal Constitucional, que la obtención de una decisión sobre la sostenibilidad de la pretensión por parte de un órgano totalmente ajeno a los intereses particulares del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita también ***se encuentra perfectamente asegurada con el sistema que residencia dicha decisión en los Colegios de Abogados y en el Ministerio Fiscal, órganos que se hallan en una posición de imparcialidad y objetividad, dado que carecen de interés propio alguno sobre la pretensión del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita cuya sostenibilidad o no han de dictaminar, y, además, son órganos que cuentan con la adecuada cualificación técnica, ya que entre sus funciones esenciales la de “colaboración en la promoción y administración de la Justicia”, en el caso de los Colegios (art. 3.2 del Estatuto General de la Abogacía), y la de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, en el caso del Ministerio Fiscal (arts. 124.1 C.E. y 1 de su Estatuto Orgánico), lo que les capacita específicamente para llevar a cabo la función de dictaminar si una determinada pretensión merece o no ser enjuiciada por los Juzgados y Tribunales.***

En resumen, de estos pronunciamientos puede extraerse una delimitación negativa del servicio pero poco se aclara acerca de la caracterización del sistema como un servicio público, tema para el que se hace precisa una aproximación al régimen legal vigente, tal y como ha sido entendido por la Ley 1/1996, de 10



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

de enero. Quizá las dificultades para esta definición pueden encontrarse en la confluencia de los dos modelos, el histórico de “*justicia para pobres*” y el actual, basado en el valor normativo de los derechos reconocidos por la Constitución.

La situación anterior a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y los conflictos de los años 80.

No puede ser objeto de este informe un estudio general sobre el sistema histórico de asistencia jurídica gratuita que precede a la Ley, sobre el que existen amplias monografías³⁰. Basten, por tanto, unas simples pinceladas que aclaran que la asistencia jurídica gratuita ha sido considerada históricamente como un “beneficio de pobreza” para el solicitante y un deber para los abogados, basado en razones de caridad y piedad.

Ya en las Partidas se decía que la asistencia gratuita de los considerados pobres se prestaba “por amor a Dios”³¹. Y hasta bien entrado el Estado constitucional este tipo de obligaciones profesionales basadas en la caridad o la beneficencia se imponían a distintos grupos de personas. Como relata Cid Cebrián, con cita de la “*Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seculares*” de Castillo de Bobadilla, era posible que fuera obligado el procurador a serlo de pobres y el médico a curarlos de balde. Efectivamente, la asistencia sanitaria gratuita solo se prestaba a quienes tenían su cartilla de “*pobres de solemnidad*”³².

³⁰ Entre ellas, valga la cita de Cappelletti, M., *Proceso, ideologías y sociedad*, Buenos Aires, 1974, Gómez Colomer, J. L. *El beneficio de pobreza*, Barcelona, 1981 y Gutiérrez Zarza, A., *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Madrid, Colex, 1998.

³¹ Partida 6. Título 4 de la 3ª. Citado por Cid Cebrián, Manuel, Op cit.

³² Murillo Perez, María Guadalupe, *Pobreza y beneficencia en Zamora*, Zamora, 2000.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Sin embargo unos y otros sistemas evolucionan de forma diferente. La potestad de “*facere justitiam*” se ha de convertir en un monopolio estatal para garantizar la existencia del Estado, de manera que el acceso a la justicia queda tempranamente garantizado en cuanto el poder público asume los gastos de establecimiento de audiencias y tribunales y el pago de los honorarios de jueces y demás funcionarios. Hospitales y casas de misericordia, colegios de primeras letras y universidades no son monopolizados con esa intensidad y solo en épocas recientes se crean sobre ellos auténticos servicios públicos³³.

Pero de esa configuración general de la justicia como servicio público gratuito no se desprende que no existan determinados gravámenes para su utilización como tasas, costes de peritos y, sobre todo, los honorarios de abogados y procuradores cuya intervención es legalmente obligada. Se suma a ello la consideración según la cual quien litiga lo hace en defensa de su propio patrimonio, de modo que como expone con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1883: “*Todo litigante se considera rico, mientras no se demuestre lo contrario*”³⁴.

En la etapa inmediatamente anterior a la Ley de asistencia jurídica gratuita la situación resultaba más que conflictiva. El sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se basaba en la declaración de pobreza, calculada sobre el “*jornal de un bracer*”³⁵. De esta forma llega a calificarse de privilegio procesal, como señalaba Guasp, aun cuando hoy resulta dudoso que el beneficio de pobreza pueda ser un calificado como un privilegio. Las normas eran confusas y la regulación, asistemática, estaba dispersa por el ordenamiento. Se entendía que la obligación de prestar asistencia a quien tuviera el beneficio de pobreza

³³ Pemán Gavín, Juan, *Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud*. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX, Homenaje a Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, 2000.

³⁴ Cid Cebrián, Manuel, op cit.

³⁵ Se planteó en la época de la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de atribuir la defensa de pobres al Ministerio Fiscal, pero fue descartado en atención al derecho a elegir al abogado que quisiere, considerado como derecho esencial del litigante.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

constituía el contrapeso de la reserva legal en exclusiva de las tareas de defensa a los abogados y procuradores. De ahí su nombre, turno de oficio.

Pero en cualquier caso los abogados estaban obligados a prestar el servicio y no recibían por él ni retribución ni indemnización, hasta fecha tan reciente, al parecer como 1974, siendo los únicos profesionales que se veían obligados por Ley a prestar un servicio en estas condiciones. Las causas de excusa, por otra parte, estaban estrictamente tasadas y estas obligaciones aun se reflejan en el Estatuto de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio³⁶. Desde ese año el Ministerio de Justicia facilitaba a los Colegios, con destino a los Letrados, una subvención anual a cargo de los presupuestos para paliar, a título indemnizatorio, la obligación que recaía sobre los abogados y que en modo alguno venía acompañada de una remuneración adecuada.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, pretende y no consigue resolver el asunto. El procedimiento para la concesión del beneficio era un incidente del proceso principal, un expediente sujeto a resolución judicial, que se ventilaba por los cauces del juicio verbal. Pero el problema residía en que la tramitación del incidente no suspendía el proceso principal de modo que, una vez conseguida la designación de abogado, no existía interés en continuar con la tramitación del expediente de justicia gratuita³⁷. De ese modo los despachos perdían clientes, aquellos a los que en principio no debería alcanzar el beneficio de pobreza, los jueces estaban sobrecargados de trabajo con los incidentes y la Administración dilapidaba las cuantiosas subvenciones asignadas. Como se refleja en el informe del Tribunal de Cuentas de 1985 en el año 1979 se concedió una subvención total de 896.460.000 pesetas, de las cuales 512.460.000 se instrumentaron a través de un suplemento de crédito

³⁶ El Estatuto dedica al turno de oficio los artículos 57 y siguientes. En particular, el artículo 59 dispone: *“La defensa profesional de oficio y la de asistencia al detenido no podrá excusarse sino por causa justificada, que apreciará la Junta de Gobierno.”*

³⁷ Según Cid Cebrián en el año 1992 en un 61% de los casos civiles se nombró abogado de oficio sin acreditación del beneficio de pobreza. Solo en 23.000 de 60.000 asuntos se tramitaron los expedientes correspondientes.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

para indemnización de los servicios de asistencia al detenido³⁸. La cuantía no dejó de incrementarse, ya que en 1994 alcanzaba a 8000 millones de pesetas para el estado en su conjunto³⁹.

En este marco de descontento general se produjeron las suspensiones en los años 1987 y 1988. Varios Colegios de Abogados adoptaron acuerdos de suspensión de las designaciones de abogados, entre ellos los Colegios de Oviedo, Córdoba, Gijón, Granada, Murcia y Cartagena. Los pronunciamientos jurisdiccionales fueron desfavorables para todos ellos, como se expresará mas adelante, a pesar de lo cual en 1990 y 1992 se volvieron a producir suspensiones en la designación.

Los Acuerdos sobre justicia gratuita y turno de oficio que se firmaron el 13 de febrero de 1990 en Madrid con los Colegios de abogados y procuradores, fueron el origen a un Anteproyecto de Ley sobre el beneficio de ayuda legal. El proyecto no prosperó pero se convirtió, tras los acuerdos de 1994, en el germen de la actual Ley. En esa línea fue precedida por la Ley 25/1986, de 14 de diciembre, de supresión de tasas judiciales⁴⁰.

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

³⁸ Informe número 32 de 17 de junio de 1985, que el Pleno del Tribunal de Cuentas elevó a las cortes Generales.

³⁹ *Asistencia jurídica gratuita: documentación preparada para la tramitación del proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*, Cortes Generales, Congreso de los Diputados. Dirección de Estudios y Documentación, Congreso de los Diputados, 1995.

⁴⁰ Tasas, que como se ha hecho constar, podrían revivir en algunas Comunidades Autónomas. Si así ocurriera sus ciudadanos pagarían dos veces el acceso a la justicia



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, unifica las disposiciones antes dispersas en otros textos procesales⁴¹. Su contenido material se extiende a los beneficios ya consagrados por nuestro ordenamiento jurídico y a nuevas prestaciones tales como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso⁴², la asistencia pericial en el mismo y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras y documentos notariales y de aquellos documentos emanados de los Registros Públicos, que puedan ser precisos para las partes en el proceso.

El reconocimiento del derecho se basa en un criterio objetivo: la situación económica de los solicitantes, aun cuando cabe una apreciación subjetiva acorde con la jurisprudencia constitucional, que posibilita efectuar el reconocimiento excepcional del derecho a personas cuya situación económica excede del módulo legal pero que, sin embargo, afrontan unas circunstancias de una u otra índole que deben ser ponderadas y que hacen conveniente ese reconocimiento. En estos segundos supuestos excepcionales, además de la garantía de la designación de abogado y procurador, la extensión del derecho puede llegar a ser total, incluyendo todas las prestaciones que lo integran.

El proceso del reconocimiento del derecho se aleja de los cánones habituales en nuestra tradición, ya que la asistencia jurídica gratuita se desjudicializa y se configura como una actividad administrativa. La función se entrega al trabajo previo de los Colegios profesionales, que inician la tramitación ordinaria de las solicitudes, analizan las pretensiones y acuerdan designaciones o denegaciones provisionales. Y las decisiones finales corresponden a unos nuevos órganos administrativos, las Comisiones de Asistencia

⁴¹ A tal efecto se derogan parcialmente la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

⁴² Se ha suscitado si esta previsión, que habilita para la prestación de servicios de asesoramiento gratuito en relación con la justicia gratuita, podría lesionar las normas vigentes en materia de derecho de la competencia. Para un estudio más completo del tema sería necesario comprobar hasta dónde llega este asesoramiento en cada Colegio, ya que en algunos parece exceder del simple procedimiento de encauzar la pretensión y localizar al Letrado adscrito al turno al que corresponda el asunto.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Jurídica Gratuita, formalmente responsables de la decisión final, que cuentan con representación de las Administraciones, los Colegios y la Jurisdicción.

En cuanto a la financiación pública, la Ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, dentro de los márgenes de un principio según el cual el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables⁴³.

En cuanto a la distribución competencial la Ley resulta ser respetuosa con la ordenación competencial que deriva de la Constitución y los Estatutos, ya que se ha de tener en cuenta que las competencias en materia de administración de justicia y legislación procesal son exclusivas del Estado. Han asumido competencias de desarrollo de las normas en materia de justicia varias Comunidades Autónomas, que han fijado baremos o criterios no siempre coincidentes entre sí. Las competencias en la materia no han sido asumidas por las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Murcia, Castilla-La Mancha, Baleares y Extremadura, en las que el Estado sigue ejerciendo la totalidad de las funciones de gestión, así como en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. En estos ámbitos no se constata que existan retrasos o demoras en el pago a los abogados.

En cuanto a la posible disparidad en la organización o en los baremos aplicables para las indemnizaciones se ha suscitado la duda de su adecuación a la Constitución, en cuanto los derechos fundamentales habrían en principio de tener un mismo régimen en el territorio nacional, al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución. En efecto, por poner un ejemplo y utilizando datos de 2004, parece poco sensato que el módulo o baremo de un servicio de guardia se pague en Baleares con 114 euros, 150 en Navarra, 114,19,

⁴³ En el X Congreso Nacional de la Abogacía, celebrado en 2011 en Cádiz, el Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Carlos Carnicer, destacó el valor del trabajo realizado por los abogados del turno de oficio y denunció que se está incumpliendo la ley al no garantizar a estos letrados una retribución digna.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

en Ceuta, 126 en Málaga, 110 en Guipúzcoa y entre 126,21 y 252,43 en Sevilla⁴⁴. Aun cuando los conceptos de los baremos no son idénticos la diferencia es evidente.

En este sentido, cabe citar el Dictamen 3383/2000, de 26 de octubre de 2000, del Consejo de Estado, sobre el proyecto de Real Decreto que modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita:

“La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (...) se refiere al objetivo de que la asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerada. Ese objetivo legal implica una periódica actualización de los baremos retributivos contenidos en el Anexo II en cuanto resultaren desfasados con el curso del tiempo. En este caso han permanecido invariables desde 1996 en el ámbito de la competencia del Estado, si bien las Comunidades Autónomas competentes en la materia han procedido a establecer baremos diferentes, más actualizados. No comparte este Consejo de Estado la idea implícita en la Memoria justificativa de que las actuaciones estatales deban ir al remolque de las iniciativas autonómicas en estas materias de retribución de servicios profesionales. El que el Estado tenga que velar por la igualdad en los derechos no equivale a asegurar una uniformidad de resultados ni debe colocar a la Administración del Estado en una postura de seguimiento competitivo de mejoras adoptadas a iniciativas de determinadas Comunidades Autónomas. Todo ello sin perjuicio de llevar a cabo una adecuada armonización que no equivale a que el Estado se considere obligado a "evitar situaciones de desigualdad por razones de territorio" por el hecho de que en ejercicio de su autonomía presupuestaría cada Comunidad Autónoma fije la cuantía económica que estime oportuna.”

En este marco son dos las cuestiones sobre las que procede reflexionar. La primera es si los profesionales tienen derecho a la huelga y quien es, en su caso, el empleador. De existir un derecho a la huelga el ejercicio de este derecho podría entrar en conflicto con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. En todo caso, la cesación en la prestación del trabajo puede verse también limitada por estos bienes o derechos constitucionalmente protegidos. La segunda cuestión se refiere a la caracterización como servicio público del sistema y la naturaleza de las prestaciones o indemnizaciones.

Los abogados como titulares del derecho a la huelga.

⁴⁴ Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España, Madrid, Defensor del Pueblo, 2005.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

A consecuencia del conflicto antes descrito el Tribunal Supremo tuvo ocasión de elaborar una doctrina que puede considerarse lugar común. Un buen reflejo de esta doctrina se encuentra en el análisis que se formuló en el Informe, de 11 de noviembre de 2008, elaborado a solicitud del Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Consejo General de la Abogacía, tras los Acuerdos adoptados en fecha 29 de octubre de 2008 por el Colegio de Gijón en los que se prevé la suspensión de designaciones de abogados del turno de oficio a partir del día 1 de noviembre de 2008, salvo en casos de emergencia. Destaca entre ellas, la Sentencia de la Sala 3, Sección 2ª, de 28 de noviembre de 1990, a la que ha dedicado especial atención Navarro del Cacho⁴⁵, en cuanto resulta ser una de las esenciales en la materia⁴⁶.

En lo que afecta a este punto en concreto, la doctrina es tajante en la afirmación de que la huelga de los abogados es contraria al deber de garantizar la prestación continuada del servicio, deber que viene impuesto por la Ley en atención a la posición preferente de un derecho constitucionalmente reconocido, cual es el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión. Este derecho está directamente conectado con la garantía de defensa y la asistencia de letrado. Se pueden citar en este sentido varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se establece que la suspensión de la prestación supone la lesión de un *derecho prevalente e incondicionado* del interesado a obtener la tutela judicial efectiva. Es decir, en el conflicto de derechos ha de prevalecer el segundo, en cuanto alcanza una mayor protección constitucional, sobre el primero, el derecho de huelga, reconocido en el artículo 28⁴⁷.

⁴⁵ Navarro del Cacho, Carlos, *Suspensión del turno de oficio: aspectos formales y de fondo, Comentario a la STS (Sala 3 Sección 2) de 28 de noviembre de 1990*, Revista La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, 1991-2, pag. 449.

⁴⁶ En este caso se suscitó como argumento el principio de igualdad, ya que otros grupos de profesionales, como farmacéuticos o médicos, no tenían impuestas las mismas obligaciones que los abogados. El Tribunal Supremo descartó que resultara aplicable el principio de igualdad, sin profundizar en el razonamiento. Ese análisis hubiera resultado interesante.

⁴⁷ Entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª que se pronunció sobre el acuerdo del Colegio de Abogados de Córdoba de fecha 24 de



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Estas sentencias utilizan los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en relación con la huelga en los servicios esenciales. De esta doctrina, sobradamente conocida, que arranca de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981, es buen reflejo la Sentencia 183/2006, de 19 de junio de 2006, en la consta un extracto completo de esta línea jurisprudencial. Se señala en este extracto:

“3. El análisis de la cuestión suscitada ha de partir de la doctrina sentada por este Tribunal acerca del ejercicio del derecho de huelga y, en particular, de las limitaciones que pueden imponerse al mismo en orden a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 7, 9 y 18; 26/1981, de 17 de julio, FFJJ 10, 14, 15 y 16; 33/1981, de 5 de noviembre, FJ 4; 51/1986, de 24 de abril, FFJJ 2, 4 y 5; 53/1986, de 5 de mayo, FFJJ 2, 3, 6 y 7; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 1; 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5; 122/1990, de 2 de julio, FJ 3; 123/1990, de 2 de julio, FJ 4; 8/1992, de 16 de enero, FJ 2; 148/1993, de 29 de abril, FJ 5), destacando en lo que ahora importa los siguientes aspectos:

*a) El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. **Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 7, 9 y 18; 51/1986, de 24 de abril, FJ 2; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 1; 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5 a); 148/1993, de 29 de abril, FJ 5).**”*

Pero lo cierto es que para la aplicación acrítica de esta doctrina existen varios obstáculos. El primero es que resulta más que dudoso que los abogados sean titulares del derecho de huelga. El segundo es que

mayo de 1993 sobre suspensión del turno de oficio, y la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 21 de septiembre de 2000, que incluyen referencias a muchas otras.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

resulta preciso aclarar quién es el destinatario de esa huelga, quién sería el empleador o empresario. Y un tercero, de menor envergadura, es que resulta evidente que existe un derecho a la tutela judicial efectiva que puede ser calificado como derecho fundamental, pero el sistema de asistencia jurídica gratuita solo puede alcanzar la calificación de “servicio esencial” en cuanto se establezca este vínculo directo entre los artículos 119 y 24 de la Constitución.

- En cuanto a la posibilidad de que los abogados sean titulares del derecho a la huelga, el punto de partida de este análisis ha de ser la misma Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 25 de abril de 1981. En su fundamento jurídico 12 se expone:

“12. El apartado 2 del art. 28 de la Constitución, al reconocer el derecho de huelga como derecho fundamental, lo hace en favor de los trabajadores y para la defensa de sus intereses. Hay que entender, por ello, que el derecho constitucionalmente protegido es el que atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas.

El texto del art. 28 -derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses- pone en muy clara conexión la consagración constitucional y la idea de consecución de igualdad económica y social.

La conclusión que de ello se extrae es que no nos encontramos ante el fenómeno de huelga protegido por el art. 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría (por ejemplo, de empresarios, de concesionarios de servicios, etc.)



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Comisión Jurídica

*Caracteriza a la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo. **El derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales.** Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el art. 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatronos o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. **La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan. Es claro que si se hubiera obtenido de manera expresa una concesión para el desarrollo de un servicio público o si se tratara de actividades de interés público sometidas a un régimen jurídico-administrativo especial, la actividad de cesación puede determinar que se estén violando las exigencias de la concesión o del régimen jurídico-administrativo de que se trate.***

Parece evidente, por tanto, que los abogados como profesionales no pueden ser titulares del derecho a la huelga, tal y como se configura en las normas y sentencias dictadas tras la Constitución, pero también parece evidente que la caracterización concreta que se asigne al sistema de asistencia jurídica gratuita, en cuanto sujeta a un “régimen jurídico-administrativo especial” determinará cuales pueden ser las consecuencias que tenga la cesación de su actividad en la esfera privada de cada uno de los abogados adscritos.

En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998, Sala Tercera, en recurso presentado por el Colegio de Abogados de Granada, contra la Sentencia de fecha 29 de julio de 1993, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, sobre el acuerdo adoptado el 1 de junio de



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

1993 por Junta General Extraordinaria de dicho Colegio, por el que se suspendía en determinados supuestos la prestación del Turno de Oficio. Entre las alegaciones presentadas por el Colegio se hacía referencia a que la suspensión de designaciones no era total ya que las excepciones, basadas en “*los asuntos de urgencia y necesidad de los justiciables*”, se fijaban por analogía con los servicios mínimos en huelga. El Tribunal Supremo señala que tal alegación no es en absoluto aceptable; primero, ***porque el derecho constitucional de huelga está establecido para los trabajadores para la defensa de sus intereses y los Abogados son profesionales liberales***, no incluidos en el concepto constitucional de trabajadores.

Aclara el Tribunal Supremo, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81 que:

"no nos encontramos ante el fenómeno de la huelga protegido por el artículo 28 de la Constitución cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría".

- En lo que se refiere a la identificación del empresario o empleador, la doctrina no es tan clara. En algunas Sentencias se identifica a la Administración como empleadora, a los efectos de la calificación de la cesación en la prestación del trabajo como una huelga. En otras, la jurisprudencia se limita a descartar que el empleador sea el Colegio de Abogados. En todo caso, la falta de identificación del sujeto contra el que se emplea esta medida de conflicto no impide a la jurisprudencia aplicar las bases de la doctrina sentada a propósito de la huelga en los servicios esenciales.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1995, Sala Tercera, Sección 1ª, en recurso presentado por el Colegio de Abogados de Málaga contra la Sentencia de fecha 27 de abril de 1990, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, contra el Acuerdo del referido Colegio, de fecha 7 de diciembre de 1989, sobre suspensión del servicio de turnos de oficio y asistencia a detenidos en la localidad de Estepona, parece identificar a la Administración como destinataria de la huelga, en estos términos:

“En la apelación el Colegio combate el razonamiento de la sentencia sobre inexistencia de una defensa de los intereses de los colegiados, y argumenta que con el cese en la prestación de servicios de turno de oficio y asistencia letrada al detenido, los Colegiados ejercientes en el Partido Judicial de Estepona, sí que estaban defendiendo sus intereses, pues, para el Colegio, cuando “la Justicia se administra excesivamente lenta o no se administraba, los Letrados pudieran sentir lesionados sus intereses”(sic). Pero aunque admitiéramos, a meros efectos dialécticos, la concurrencia de esa defensa de intereses, que es requisito integrador del concepto del derecho fundamental de huelga, definido en el artº 28.2 de la C.E, hay que tener presente que ese derecho es de configuración legal, y que aquel colectivo de profesionales ejercientes en Estepona no siguieron, o al menos no ha quedado acreditado que siguieran, cuantos pasos y requisitos exige la legalidad vigente .- hasta hoy el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.- para llegar a una situación legal de huelga frente a la Administración del Estado (Ministerio de Justicia), que es, en último término, la que resultaría destinataria de la huelga, pues es la Administración del Estado la obligada a dar aquellos servicios (artº 119 y concordantes de la C.E), y quien los retribuye, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, aunque la designación de los turnos esté delegada en los Colegios de Abogados, por las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, y cuya delegación ha sido asumida, y regulada su prestación por las normas estatutarias colegiales.”

En el mismo sentido, la muy reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso de 23 de mayo de 2011, en el recurso contencioso administrativo número



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

1323/09, interpuesto por el Colegio de Abogado de Gijón contra el Consejo General de la Abogacía Española, se plantea los límites de la aplicabilidad del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, y señala que los abogados no son trabajadores por cuenta ajena y por tanto, no pueden ser titulares del derecho de huelga. Por otra parte, el Colegio de Abogados, que se limita a organizar las designaciones del turno de oficio por delegación, no puede ser considerado empresario o empleador de los abogados en particular⁴⁸.

- El tercero de los aspectos citados, es decir, la consideración del servicio de asistencia jurídica gratuita como servicio esencial, a los efectos del artículo 28 de la Constitución, plantea menos problemas que los anteriores. Es constante la vinculación directa entre los derechos reconocidos en el artículo 24 y el sistema de asistencia jurídica gratuita. En todo caso, el análisis de este asunto es más propio del apartado que se dedica a la organización de la prestación del servicio.

De lo expuesto se extrae que la aplicación del régimen jurídico propio de la huelga a la cesación en la prestación de su trabajo por parte de los letrados ha sido doctrina constante pero no deja de plantear dificultades. Quizá sea oportuno clarificar el régimen jurídico administrativo de esta actividad, tarea que habrá de empezar por distinguir la prestación de los servicios profesionales habituales de la abogacía de la actividad de interés público que se desarrolla en el desempeño del turno de oficio.

⁴⁸ El primero de los apartados del acuerdo impugnado se expresaba en estos términos:

“La Junta General del Colegio convoca huelga de celo de los Abogados en protesta por la situación actual del turno de oficio, y en reivindicación de su mejora ante la Consejería de Justicia del Principado de Asturias, que incluirá las siguientes actuaciones:

- a) Exigencia por el Colegio del cumplimiento estricto de lo establecido en los artículos 229.2 y 453.1 de la LOPJ, de forma que todas las declaraciones y comparencias, tanto de testigos como de imputados y peritos, prestados en los Juzgados de Instrucción, se lleven a cabo efectivamente en presencia física del Juez y Secretario judicial.”*

La impugnación se basaba, en este aspecto, en que el artículo 7 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, incluye la huelga de celo entre aquellas que califica como ilícitas o abusiva. El Tribunal llega a la conclusión de que el primero de los apartados del acuerdo colegial de Gijón no infringe precepto legal o reglamentario alguno ya que respeta el derecho de los particulares que acuden a la administración de justicia, y puede enmarcarse dentro del concepto de colaboración para el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia. Por estas razones se anula parcialmente la resolución recurrida, emanada del Consejo General de la Abogacía Española.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

El papel del Consejo General de la Abogacía Española y los Colegios de Abogados en la organización del servicio de asistencia jurídica gratuita.

A tenor de lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España regularán y organizarán, a través de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

Se atribuye, por tanto, al Consejo General de la Abogacía Española la aprobación de las directrices generales sobre organización y funcionamiento de los servicios de asistencia letrada de oficio y le compete, por otra parte establecer los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. En estas materias se ha de destacar, por otra parte, el avance que ha supuesto el expediente electrónico de justicia gratuita.⁴⁹ En el año 2010 se tramitaron más de más de 200.000 expedientes electrónicos.

Los Colegios de Abogados y Procuradores son, por mandato legal, las Corporaciones que han de organizar el sistema de asistencia jurídica gratuita. Así se desprende con claridad del artículo 22 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, que encomienda la gestión colegial de los servicios de asistencia letrada a los Consejos Generales y los Colegios que han de garantizar, en todo caso, su prestación continuada.

Artículo 22. “Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas.

1. Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación

⁴⁹ El Consejo General del Poder Judicial ha reconocido con el “Premio a la Calidad de la Justicia 2011” este desarrollo informático elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

gratuitas, garantizando en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición” (...).

Ya se ha hecho constar que la obligación asumida por el Estado no supone necesariamente la organización de un servicio público en el sentido más clásico del término, es decir, prestado a través de un organismo público servida por funcionarios. Pero de los datos normativos se desprende que la organización del sistema puede calificarse como un auténtico servicio público cuya organización se encomienda a las Corporaciones citadas, en el sentido en que lo expresa el Dictamen del Consejo de Estado 2888/1996, de 30 de julio de 1996, que define la asistencia jurídica gratuita como “*servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos*”. En un momento posterior, en el Dictamen 2939/2001, de 11 de noviembre de 2001, sobre el proyecto de Real Decreto que modifica Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, se precisa que el sistema se basa en: “*el cumplimiento de una tarea pública que legalmente les ha sido encomendada*”.

Si fuera necesaria una mayor precisión en la calificación de este servicio público sería preciso remitirlo a la categoría doctrinal de servicios de interés público, en cuanto la actividad está sometida a un régimen jurídico administrativo especial y forma parte de un régimen de acción concertada con las Corporaciones⁵⁰. Las especiales obligaciones impuestas a los Colegios, que han de garantizar la prestación continuada y la eficaz gestión de los fondos públicos asignados avalan esta postura. En el mismo sentido la decisión del legislador estatal sobre la forma de gestión del servicio excluye la posibilidad de cualquier otra forma de gestión del sistema y aleja el servicio de los objetos típicos de las figuras contractuales a las que se refiere la Ley de Contratos del Sector Público⁵¹. En cuanto la actividad está materialmente

⁵⁰ Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, 1980. Garrido Falla, F, *El modelo económico de la Constitución Española y la revisión del concepto de servicio público*, REDA 29, 1981.

⁵¹La directa relación entre la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita como derecho de configuración legal determina que la decisión legislativa se ampare en los títulos competenciales de Administración de Justicia y Legislación Procesal. Las Comunidades Autónomas no tienen competencias para optar por otra forma de organización del servicio. Ya se hizo constar que una adjudicación de un denominado contrato de servicios de “*orientación jurídica para personas mayores*” fue suspendida.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

relacionada con el interés público pero no se asume directamente por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, han de ser excluidas estas figuras, es decir, la Administración no puede configurar como objeto de un hipotético contrato aquella materia sobre la que carece de competencias de desarrollo legislativo y organización, ya que la forma de gestión ha sido objeto de una decisión del legislador estatal.

Así las cosas, son varias las consecuencias que se extraen de esta calificación del sistema como servicio de interés público.

- En primer lugar, la forma de prestación del servicio público ha de ser definida por el legislador y los poderes públicos competentes y no por los Colegios de Abogados, en cuanto la estructura del derecho al que sirve es la de un derecho de configuración legal. Esta es una de las líneas básicas que se desprende del exhaustivo análisis de la jurisprudencia clásica en la materia, análisis que se refleja en el Informe, de 11 de noviembre de 2008, ya citado.

De ello se desprende que no es posible para los Colegios de Abogados eludir las obligaciones impuestas por las Leyes al amparo de una situación de conflicto o discrepancia con los criterios de organización del servicio o la cuantía de las subvenciones que a este se asignen, con las limitaciones que luego se expresarán⁵². Los acuerdos en los que se prevé la suspensión incondicionada de designaciones vulneran el artículo 22.1 de la Ley de asistencia jurídica gratuita que encomienda la gestión colegial de los servicios de asistencia letrada a los Consejos Generales y los Colegios que han de garantizar, en todo caso, su prestación continuada⁵³.

⁵² Tampoco pueden los titulares de los centros educativos concertados dejar de prestar servicios docentes en razón de una discrepancia en los programas de estudios de los escolares, ni los propietarios de un hospital concertado seguir practicando intervenciones o actuaciones médicas que han sido excluidas de los catálogos de prestaciones de la Seguridad Social.

⁵³ Rivero Ysern, E. La protección del usuario de los servicios públicos, RAP 87, 1978.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cierra los conflictos de los años 80 se extrae la conclusión de que prevalece el derecho del justiciable a la asistencia jurídica gratuita, de manera que se descarta ***“que la posible discrepancia sobre la organización actual del turno de oficio pueda interferirse en absoluto en el cumplimiento de los deberes inexcusables que a la abogacía impone la constitución”***.⁵⁴

En sentido análogo, en cuanto reserva la superior potestad para decidir la organización del servicio a los poderes públicos, se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998, Sala Tercera, en recurso presentado por el Colegio de Abogados de Granada, contra la Sentencia de fecha 29 de julio de 1993, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, sobre el acuerdo adoptado el 1 de junio de 1993 por Junta General Extraordinaria de dicho Colegio, por el que se suspendía en determinados supuestos la prestación del Turno de Oficio. Entre las alegaciones presentadas por el Colegio se hacía referencia a que la suspensión de designaciones no era total ya que las excepciones, basadas en *“los asuntos de urgencia y necesidad de los justiciables”*, se fijaban por analogía con los servicios mínimos en huelga. El Tribunal Supremo señala que tal alegación no es en absoluto aceptable ***porque los servicios mínimos se fijan, en su caso, por la autoridad competente y no por el Colegio de Abogados.***

- En segundo lugar, los Colegios de Abogados responden de la prestación del servicio. Por una parte, existe un sistema de responsabilidad patrimonial que se remite al general de las Administraciones por el mal funcionamiento de la prestación. Así se expresa el Dictamen 814/2002, de 27 de junio de 2002, en expediente de responsabilidad patrimonial promovido contra el Colegio abogados de Valladolid: *“en lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones Públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (...) de suerte que en el enjuiciamiento de la*

⁵⁴ Cid Cebrián, *op. cit.*



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

responsabilidad de la actuación de los Colegios se aplicarán los principios de la responsabilidad administrativa y no los de la civil. Es decir, las decisiones adoptadas por los Colegios pueden acarrear una responsabilidad patrimonial corporativa por los daños causados a los beneficiarios de justicia gratuita o a la propia Administración encomendada. A este dato se ha de sumar otro: suponen además un supuesto de responsabilidad personal para los Decanos de los Colegios de Abogados, en cuanto estos tienen naturaleza de autoridad a los efectos penales⁵⁵.

Cabe la cita en este sentido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000, Sala 3ª, en recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 5 de Enero de 1996 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, anula la sentencia, insistiendo en la línea jurisprudencial más clásica. Expone: *“En consecuencia, la suspensión de la prestación de ese turno de oficio, que actualmente viene encomendado a los Colegios de Abogados y Procuradores según las normas de rango legal, que no constitucional, supone una lesión directa o inmediata del derecho a la asistencia letrada, y de forma indirecta del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y demás conexos recogidos en los arts. 24.1º y 2º de la Constitución (...). Las diferencias existentes entre Ministerio y Colegio de Abogados, con motivo del incumplimiento (más bien retrasos de carácter económico) del Convenio, no pueden justificar la vulneración de derechos con relevancia constitucional para terceros, ni tan siquiera contraponiendo a los derechos fundamentales consagrados en el art. 24, el también derecho fundamental consagrado en el artículo 28.2 de la C.E. (derecho de huelga), como ya tenemos razonado, en Sentencias de esta Sala de 28 de Noviembre de 1.990, y 29 de Mayo de 1.995 (...). Menos aún, por tanto, puede justificarse la vulneración de derechos de relevancia constitucional para terceros, en base a un presunto incumplimiento por parte del Ministerio de Justicia de una obligación de carácter civil.”*

⁵⁵ En este sentido se razona, fundadamente, en el Informe, de 11 de noviembre de 2008, elaborado a solicitud del Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Consejo General de la Abogacía.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

- En tercer lugar, el servicio público tiene como ámbito propio los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas, de modo que esta cualidad se puede predicar, con idénticos matices, de los servicios de asesoramiento siempre y cuanto se orienten a orientar y encauzar estas prestaciones públicas de asistencia jurídica gratuita. Así se prevé en el apartado 2 del artículo 22 de la Ley de asistencia jurídica gratuita ⁵⁶ y no hay razones que autoricen la extensión de estos criterios a un servicio de asesoramiento general. La prestación de estas tareas de asesoramiento general podría entrar en conflicto con las normas propias del derecho de la competencia⁵⁷.
- En cuarto lugar, corresponden a los Colegios de Abogados las tareas propias de la organización del turno de oficio, incluyendo la formación de los abogados y la designación de los encargados de cada uno de los asuntos. La citada Ley establece que los colegios habrán de establecer sistemas

⁵⁶ “Artículo 22. Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuita.

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, **con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones**. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes.

Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.”

⁵⁷ En el *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España del Defensor del Pueblo* se cita como ejemplo el Servicio de Asesoramiento y Orientación para Inmigrantes en Zaragoza, surgido de la iniciativa de los abogados del Colegio, preocupados por la situación legal y la indefensión en la que se encontraban los inmigrantes en Zaragoza. Existe una doble modalidad de intervención, además de un letrado que se encarga de la coordinación: nueve abogados consultores que realizan su trabajo en las dependencias de la Casa de las Culturas del Ayuntamiento de Zaragoza; cincuenta y cinco abogados tramitadores que prestan su servicio en régimen de permanencia desde sus despachos. La vinculación entre el Servicio de orientación jurídica y el Turno de oficio del Colegio de Zaragoza ha permitido que, en los casos que se ha considerado oportuno, sea el mismo letrado que ha iniciado las gestiones para la tramitación de un expediente administrativo con cargo al Servicio de orientación jurídica, el que continúe defendiendo los intereses de su cliente en vía jurisdiccional con cargo al Turno de oficio. Esta relación existente entre ambos servicios ha permitido durante los años 2002 y 2003 un notorio incremento de los recursos administrativos y contencioso-administrativos.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

de distribución objetiva y equitativa, por turnos⁵⁸, para la designación de los profesionales. El criterio territorial en la organización de los servicios puede, no obstante, plantear problemas en cuanto no permita un igual acceso de los ciudadanos al servicio, problemas que pueden tener su origen tanto en la Administración gestora de los fondos (en cuanto las indemnizaciones son más cuantiosas en unas Comunidades Autónomas que en otras) como en la Corporación gestora del servicio (por la falta de designaciones por un Colegio en particular en su propio ámbito territorial)⁵⁹.

Corresponde igualmente a los Colegios una función esencial en el análisis de la sostenibilidad de la pretensión. Como se ha destacado en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la valoración de la sostenibilidad de la pretensión es acorde con la Constitución y permite ***“que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público”***. Estos problemas se están planteando sobre todo en asuntos relacionados con los recursos presentados en materia de extranjería, sobre los que ya existe una línea de doctrina jurisprudencial que distingue entre designación y representación⁶⁰.

⁵⁸ “Artículo 24. Distribución por turnos.

Los Colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio. Dichos sistemas serán públicos para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.”

Los Colegios de Abogados, salvo aquéllos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, constituirán turnos de guardia permanente para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido.”

⁵⁹ Esta territorialización del sistema, basada en el criterio de la sede el órgano jurisdiccional puede ser especialmente gravosa para la Comunidad de Madrid, donde tienen su sede el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

⁶⁰ Por poner un ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, número 117/11, de 31 de octubre de 2011, se expresa así: “Conviene llamar la atención en torno al hecho de que, en el caso a que se contrae este recurso, la comunicación del Colegio de Abogados acompañada a la demanda se limita, como no podría ser de otra forma, a ratificar la designación del Letrado, agregando que ello implica el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, sin hacer, dicha comunicación, mención alguna a la supuesta facultad de representación que se atribuye el Letrado en el encabezamiento de la demanda, y ello por cuanto en la Ley 1/96 no se contempla que el Letrado designado por su Corporación profesional, por este solo hecho, deba asumir, a su vez, la representación del solicitante del beneficio de justicia gratuita, ***razón por la que carecen de toda virtualidad las notas que aparecen en algún comunicado u oficio del Colegio de Abogados, no en este caso, en las que se hace constar, sin cobertura legal alguna, que tal designación abarca la representación procesal.***”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

- En quinto lugar es preciso recordar que en cuanto gestores de un servicio público los Colegios profesionales están sujetos a las obligaciones impuestas por la Ley General de Subvenciones⁶¹. Así se prevé en el artículo 39 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, que establecen, que: “*Los Consejos Generales y los Colegios, en cuanto entidades colaboradoras para la gestión de la subvención, estarán sometidos a las obligaciones establecidas para dichos sujetos por la Ley General Presupuestaria*”.

Entre las tareas impuestas se encuentra, sin duda, la comprobación de que la asistencia jurídica se desempeña con las garantías y profesionalidad prevista por la Ley, tratando de evitar los abusos o malas prácticas⁶².

⁶¹ En el artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se prevé:

“*Artículo 11: Beneficiarios.*

1. Tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

2. Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igualmente la consideración de beneficiarios. (...)”

⁶² Valga un ejemplo, citado en el Informe del Defensor del Pueblo sobre la materia:

“*Los hechos se remontan al mes de marzo de 2003, a partir de una denuncia del Alcalde de Algeciras por el traslado desde Palos de la Frontera (Huelva) a Algeciras (Cádiz) de un grupo de ciudadanos extranjeros que se encontraban en situación irregular. Al margen de las actuaciones de control y supervisión realizadas por la citada Dirección General, la investigación realizada desde esta Institución, después de examinar 59 expedientes, permitió conocer lo siguiente: Se examinaron 59 expedientes de expulsión.*

- *Cada letrado asistió a 7 inmigrantes y un abogado llegó a tener 8 asistencias (cuando se supera la cifra de 6 asistidos, se duplica la cantidad que se recibe en concepto de retribución por guardia).*
- *Todos los letrados presentaron escritos de alegaciones idénticos.*
- *Un letrado presentó siete escritos iguales oponiéndose al internamiento de sus siete clientes, cuando sólo uno fue internado.*
- *No se cuestionó la competencia territorial del Juzgado de Guardia de Algeciras para resolver las solicitudes de internamiento, a pesar de que en los documentos de incoación constaba que la detención de los interesados se había producido en Palos de la Frontera (Huelva), contraviniendo lo establecido en la Ley de enjuiciamiento criminal sobre el fuero para la puesta a disposición judicial de detenidos, dado que no es disponible dicha competencia territorial.*
- *Se constató el uso abusivo y generalizado de formularios, conteniendo fundamentaciones jurídicas estereotipadas, argumentaciones jurídicas escuetas, poco motivadas o incongruentes*
- *Se detectaron errores en la calificación de trámites.*



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

- En sexto lugar es preciso destacar que si bien la organización del servicio se impone como obligación legal a los Colegios, la inscripción en el turno de oficio es y debe ser voluntaria. Este dato, de enorme relevancia, determina que las obligaciones de la Corporación no se traducen de forma automática en la imposición a cada uno de los letrados de una prestación de trabajo personal de carácter forzoso. Hubo épocas en que la inscripción en el turno de oficio era obligatoria, por el solo hecho de pertenecer a uno de los Colegios de Abogados⁶³. En el momento actual no consta que así ocurra en ninguno de los Colegios de España, entre otras razones porque existe un excedente de abogados en todos ellos, ya que han de reunir para su adscripción los requisitos previstos en la Orden Ministerial de 3 de junio de 1997, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita.
- Y, finalmente, en cuanto a la relación jurídica entre los Colegios de Abogados y los abogados inscritos en el turno de oficio parece oportuno adelantar que no hay una postura clara en la jurisprudencia acerca de quién podría ser, en su caso, el empleador o empresario de los letrados. De serlo el Colegio de Abogados la suspensión de las designaciones podría tener caracteres cercanos a los del cierre patronal, con todas las consecuencias derivadas de un posible abuso de esta figura.

-
- *Algunos recursos administrativos se presentaron fuera del plazo legalmente establecido.”*

En el informe se entiende que estos comportamientos aislados con perjudiciales para el sistema en su conjunto.

⁶³ En el informe del Tribunal de Cuentas de 1985, ya citado se destaca por sus peculiaridades el sistema del Colegio de Abogados de Barcelona. El turno de oficio era obligatorio para todos los colegiados pero cabía renunciar a los asuntos que correspondían abonando al Colegio la cantidad de 1000 pesetas (los datos son de julio de 1983) para que el caso fuera asumido por el grupo de letrados sustitutos. En el informe se refleja que un 26% de los colegiados se quejaba por tener que pagar al Colegio para ser sustituidos. En este caso el sistema resultaba semejante a la imposición de una prestación personal forzosa.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

El ejercicio privado de funciones públicas y el desempeño del turno de oficio.

Analizada hasta ahora la cuestión en los términos expuestos, parece posible concluir que el desempeño de sus tareas profesionales en el turno de oficio por parte de todos y cada uno de los abogados adscritos a él puede ser calificado como una forma de ejercicio privado de funciones públicas.⁶⁴

A diferencia de la calificación que merece el trabajo profesional habitual de los abogados como profesionales liberales, durante el desempeño de las tareas propias de asesoramiento y representación que corresponden a la asistencia jurídica gratuita los abogados ejercen una función pública.

En este sentido ha de entenderse que la designación para el turno de oficio supone el acto mediante el cual se apodera al abogado para el ejercicio de esta función pública. La más reciente jurisprudencia, que distingue con claridad representación y designación, así lo avala. Es particularmente clara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, número 117/11, de 31 de octubre de 2011 que expone:

“(...) el Abogado o el Procurador del turno de oficio no actúa en virtud del contrato de mandato a que se refiere el artículo 27 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil o de un contrato de arrendamiento de servicios, pues falta la voluntad, el consentimiento que conforman dichos contratos, la fuente de la obligación en estos casos no es la autonomía de la voluntad, el negocio jurídico, sino la Ley.”⁶⁵

⁶⁴ Sainz Moreno, Fernando. *El ejercicio privado de funciones públicas*, RAP 100-102, 1983.

⁶⁵ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso, Sección 4, señala: “Estos argumentos no se pueden compartir por el Tribunal. En efecto, una cosa es que el Letrado sea designado para la asistencia jurídica del recurrente y otra que esa designación lleve en ella la representación a que se refiere el citado artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción. Este precepto de la Ley de la Jurisdicción regula la postulación que se exige para actuar válida y eficazmente ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para lo que obliga a que el sujeto parte en el proceso acuda representado por Abogado o por Procurador, si se trata de un órgano unipersonal, o por Procurador si se trata de un órgano colegiado. ***Una cosa es la asistencia letrada y otra la representación.***”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

De sostenerse, como se sostiene en este informe, que la asistencia jurídica gratuita es un servicio de interés público, organizado y gestionado por las Corporaciones profesionales que designa el legislador, se habrá de concluir que la designación de estos entes corporativos en singular para la prestación del servicio tiene su causa en la posibilidad de reclutar para la prestación de las actividades de interés público a los profesionales formados y cualificados que se encuadran en los Colegios. Este y no otro ha de ser el fundamento de la decisión del legislador español, que como ya se ha señalado, excluye la posibilidad de otra forma de gestión del servicio público y se la encomienda de forma directa a las dos Corporaciones públicas que cita la Ley.

De ello se desprende que:

- La vinculación del abogado en particular al sistema supone, mediante su adscripción voluntaria, una serie de obligaciones y deberes. Ya que la forma de prestación del servicio público ha sido definida por los poderes públicos y encomendada a los Colegios, el abogado inserto en el servicio ha de someterse al sistema de formación previsto para el acceso, a las normas para la designación de turnos y a la potestad disciplinaria de Colegio en la materia. Recibe a cambio una indemnización de los poderes públicos, indemnización que no tiene carácter retributivo.
- No le está permitido al Abogado cesar en el desempeño, pero no en razón de los límites de un derecho de huelga del que no es titular sino en razón del régimen jurídico administrativo propio de la actividad de interés público que presta. Como se ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81, de 25 de abril de 1981, aclara:

“12. (...) Aquí radica una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el art. 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatrones o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido. La cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se produzcan. Es claro que si se hubiera obtenido de manera expresa una concesión para el desarrollo de un servicio público o si se tratara de actividades de interés público sometidas a un régimen jurídico-administrativo especial, la actividad de cesación puede determinar que se estén violando las exigencias de la concesión o del régimen jurídico-administrativo de que se trate.”

Como en cualquier otro supuesto de ejercicio privado de funciones públicas el prestador, en este caso el abogado, queda sujeto al régimen estatuario del servicio público, que garantiza la continuidad en la prestación y los derechos del usuario.

- No queda duda acerca de que el servicio público supone una obligación impuesta por la Ley a los Colegios de abogados y procuradores, encomendando o delegando la implantación del servicio. Ahora bien, no existe en la Constitución precepto alguno que imponga a los abogados una específica prestación personal obligatoria. Tampoco este deber puede extraerse de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se limita a establecer en el artículo 546 la “obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes”, ni de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica, que se limita, en su artículo 22 a encomendar a la gestión colegial la “regulación y organización (...) de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas”. Tampoco consta semejante prestación en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Y lo cierto es que difícilmente podría imponerse esta obligación o prestación personal mediante una norma sin rango de Ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución.
- De lo expuesto se desprende que esta relación o vínculo del abogado con su Colegio se desenvuelve en un ámbito cercano a la materia propia de la disciplina colegial. Así lo dispone el artículo 23, dedicado a la *Autonomía profesional y disciplina colegial*: “Los profesionales



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

inscritos en los servicios de justicia gratuita, a los que se refiere esta Ley, desarrollarán su actividad con libertad e independencia de criterio, con sujeción a las normas deontológicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita.” En cuanto a la relación que el abogado en particular mantiene con el Estado es la propia de quien siendo sujeto privado desempeña funciones públicas.

- La complejidad en la organización del servicio ha supuesto que en algunos casos se entienda que la tarea es obligatoria, como lo era en tiempos pasados, de manera que en algunas sentencias se permite desvincularse a los abogados cuando no han recibido ningún tipo de indemnización. En este sentido es precisa la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, de 5 enero de 1996. El acuerdo, en este caso, supone la suspensión de las designaciones durante un mes y es declarado conforme a derecho. La Sentencia fue casada y anulada por el Tribunal Supremo pero sus consideraciones resultan del mayor interés.

El Tribunal estima que el problema ***se enmarca en la relación contractual entre el Estado y los Colegios de Abogados***, cuyo incumplimiento “denuncian en el acuerdo”. El Colegio se siente moral y legalmente desvinculado de la obligación para prestar el turno de oficio, entendiéndose que ha de ser el Estado el que establezca los medios para que el ciudadano tenga en todo caso el derecho a la defensa que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución, ya que no se prevé en ninguna norma con rango suficiente que la financiación del sistema quede a cargo de los abogados en particular.

Finalmente, ante la alegada violación del artículo 57 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, en virtud del cual se asume la obligación que impone al Abogado el deber fundamental de cooperar con la justicia⁶⁶, se sostiene que una

⁶⁶ “Artículo 57.

1. La Abogacía asume la obligación de defender de oficio a los que lo solicitaren, acreditando haber obtenido o al menos promovido la concesión del beneficio de pobreza, así como también para solicitar este beneficio.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

cosa es la obligación del Abogado de cooperar con la Administración de Justicia y otra que lo haga desinteresadamente, pues el propio artículo 56.1 del Estatuto establece el derecho a una compensación económica por los servicios prestados. Así se razona en la Sentencia:

*“Se sostiene igualmente el art. 119 CE que dispone que la justicia será gratuita en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Sin embargo, como razona la demandada, en modo alguno supone que la carga de dicho precepto haya de recaer necesariamente en los Abogados, **no existiendo ley que, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 CE así lo prevea, pues una cosa es el que presten asistencia y otras que se traslade a ellos la carga de la gratuidad de la justicia. Lo mismo cabe decir respecto a lo dispuesto en el art. 20 LOPJ, cuyo precepto se alega se incumple y entiende la Sala que no existe dicho incumplimiento.**”*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000, Sala 3ª, en recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 5 de Enero de 1996 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, anula la sentencia, insistiendo en la línea jurisprudencia ya comentada y señalando que: ***“Las diferencias existentes entre Ministerio y Colegio de Abogados, con motivo del incumplimiento (más bien retrasos de carácter económico) del Convenio, no pueden justificar la vulneración de derechos con relevancia constitucional para terceros, ni tan siquiera contraponiendo a los derechos fundamentales consagrados en el art. 24, el también derecho fundamental consagrado en el artículo 28.2 de la C.E. (derecho de huelga), como ya tenemos razonado, en Sentencias de esta Sala de 28 de Noviembre de 1.990, y 29 de Mayo de 1.995 (...). Menos aún, por tanto, puede justificarse la vulneración de derechos de relevancia constitucional para terceros, en base a un presunto incumplimiento por parte del Ministerio de Justicia de una obligación de carácter civil.”***

2. En la jurisdicción penal los Abogados vendrán, además obligados a la defensa, si el interesado solicita el nombramiento de oficio o no designa Abogado.

Asimismo, vendrán obligados los Letrados a prestar el servicio de asistencia a detenidos en los términos establecidos en la Ley y en las normas a que se refiere el párrafo siguiente.

3. Los Abogados incluidos en los turnos de oficio tendrán que atenerse a las normas que para ello señalen los respectivos Colegios y su infracción dará lugar a expediente disciplinario, si así lo estima la Junta de Gobierno dada la entidad de la falta.”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Así se ha señalado que de la afirmación de la existencia del servicio no cabe extraer que deban ser los propios abogados quienes asuman en exclusiva sus gastos, como señala Cid Cebrián⁶⁷. Navarro del Cacho insiste en esta apreciación y señala que no cabe olvidar, que “*el mandato constitucional del art. 24 no puede traducirse, en exclusiva, en una prestación personal obligatoria de la abogacía (que requeriría disposición expresa) remunerada libremente por el Estado, pues si la Constitución obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos —art. 9.1—, debe ser el propio Estado el primero en sentar las condiciones de idoneidad para el cumplimiento del expresado mandato constitucional y, no haciéndolo, contribuye en gran medida a la adopción de acuerdos como el que da lugar a la sentencia comentada*”.⁶⁸

La naturaleza de las percepciones.

Como se ha hecho constar, la asignación presupuestaria destinada a los profesionales que desempeñan las tareas de asistencia jurídica gratuita ya consta, al parecer, en los presupuestos para 1974. Sin embargo, no es hasta la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de presupuestos generales para 1985 cuando se acomete la tarea de sujetar el sistema a procedimiento.

En efecto, la Disposición final séptima de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de presupuestos generales para 1985 prevé:

“Séptima.-Se autoriza al Gobierno a regular el procedimiento para hacer efectivo el pago de las subvenciones correspondientes al turno de oficio y asistencia letrada al detenido.”

Y la previsión se repite, por incumplimiento, en la Disposición final cuarta de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de presupuestos generales para 1986⁶⁹, en idénticos términos:

⁶⁷ Cid Cebrián, op .cit.

⁶⁸ Navarro del Cacho, op cit, pag. 447.

⁶⁹ Disposición final cuarta de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de presupuestos generales para 1986:



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Fruto de estas habilitaciones es el Real Decreto 118/1986, de 24 de enero, por el que se regula la transferencia de la aportación del Estado para indemnizar las actuaciones de los abogados en el turno de oficio y en materia de asistencia letrada al detenido o preso⁷⁰. El preámbulo de la norma describe con claridad la visión de la época:

“No obstante que la Abogacía española asume el desempeño desinteresado de dichas funciones, parece conveniente, para un mejor desarrollo de las mismas, que el estado subvencione la prestación de dichos servicios. A tal efecto, las disposiciones finales séptima de la ley 50/1984, de 30 de diciembre, y cuarta de la ley 46/1985, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del estado para 1985 y 1986, respectivamente, autorizan al gobierno para regular el procedimiento para hacer efectiva dicha subvención a los servicios asistencia letrada al recluso y del turno de oficio”.

Y con la misma claridad se expresa el artículo 1:

“Artículo 1.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, la abogacía asume la obligación de defender de oficio a los que lo solicitaren, acreditando haber obtenido o, al menos, promovido la concesión del beneficio de justicia gratuita así como también a los que solicitaren este beneficio.”

De forma coherente, se califica la cuantía global como una subvención y el monto que corresponde a cada uno de los abogados en particular como una suerte de indemnización por razón de la prestación del servicio⁷¹.

“Cuarta.-Se autoriza al Gobierno a regular el procedimiento para hacer efectivo el pago de las subvenciones correspondientes al turno de oficio y asistencia letrada al detenido.”

⁷⁰ BOE de 30 de enero de 1986

⁷¹ “Artículo 8.

1. Los abogados actuantes percibirán la indemnización que corresponda bien por la prestación de servicio, tal y como se define en el artículo anterior, bien por la realización efectiva de cada turno de guardia, en aquellos colegios que lo tuvieran establecido. 2. El importe de la indemnización correspondiente a cada instancia o turno de guardia se fijara por el Consejo General de la Abogacía Española, dividiendo la parte de la subvención global a que se refiere el artículo 7, entre el número total que de aquellos hayan tenido lugar.”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

El esquema diseñado por la norma se mantiene en la Ley de asistencia jurídica gratuita, que califica la asignación de subvención por la implantación y prestación de los servicios, en estos términos:

“Artículo 37. Subvención.

El Ministerio de Justicia e Interior subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores.

El importe de la subvención se aplicará fundamentalmente a retribuir las actuaciones profesionales previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 6 de esta Ley, cuando tengan por destinatarios a quienes hayan obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.”

Tienen un tratamiento distinto los fondos destinados a subvencionar los gastos de tramitación⁷². A la vista de la redacción original de la Ley de asistencia jurídica gratuita se plantearon dificultades para instrumentar el pago de las cantidades que corresponden a los Colegios por la tramitación de los expedientes. El Consejo de Estado señaló en su Dictamen 3383/2000, de 26 de octubre de 2000, sobre el proyecto de Real Decreto que modifica el reglamento de asistencia jurídica gratuita, que:

“En consecuencia, si se estimase oportuno o conveniente incrementar las cantidades a abonar a los Colegios por los gastos en que incurrirán al tramitar las solicitudes de asistencia jurídica gratuita, ello requeriría una reforma de la Ley 1/1996”.

La reforma de la Ley se llevó a cabo por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que da nueva redacción al artículo 38 en este sentido:

“Artículo 38. Gastos de funcionamiento.

⁷² En aquella parte del territorio en el que el Estado ejerce la totalidad de las competencias y por disposición del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, se abona a los Colegios de Abogados un total de de 30 euros por expediente tramitado. Al Consejo General corresponde el 11,5 % del importe total devengado por los Colegios por los expedientes tramitados.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Reglamentariamente se establecerá el sistema a través del cual se subvencionará, con cargo a las dotaciones presupuestarias del Ministerio de Justicia, el coste que genere a los Consejos Generales y Colegios profesionales de Abogados y Procuradores el funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la calificación provisional de las pretensiones solicitadas.

Dicho sistema se ajustará en todo caso a las siguientes reglas:

- a. La subvención se determinará para cada Colegio con un sistema de módulos compensatorios por expediente tramitado.*
- b. Hasta tanto no se cumpla el mencionado requisito, los Colegios percibirán la cuantía que resulte de aplicar el 8 % al coste económico generado en cada período de liquidación por las actuaciones profesionales mencionadas en el artículo anterior.”*

En todo caso y por lo que se refiere a la cantidad que perciben los propios abogados es preciso aclarar que tiene carácter meramente indemnizatorio. No puede configurarse como una retribución, en cuanto no pretende abarcar o cubrir todos los aspectos de la prestación, ni puede considerarse un honorario en el sentido jurídico legal. Es un resarcimiento que se recibe tras el desempeño del trabajo y tras la supervisión y tramitación de la certificación aportada⁷³.

⁷³ En el Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1990 se expone, en este sentido:

“De la lectura del artículo 58 del Estatuto General de la Abogacía, así como de los preceptos contenidos en el Real Decreto 118/1986 de 24 de enero por el que se regula la transferencia de la aportación del Estado para indemnizar las actuaciones de los abogados en turno de oficio y en materia de asistencia letrada al detenido o preso, se desprende que las cantidades percibidas por el letrado designado en turno de oficio por insuficiencia de medios para litigar no tienen la configuración legal de honorarios, sino de indemnización que el colegio entrega al letrado con cargo a la subvención que el Estado proporciona por la prestación de este esencial servicio que desempeña la abogacía. En consecuencia, la indemnización que el letrado de oficio percibe en base a los fondos públicos ni tiene la consideración legal de honorarios (artículo 58 del Estatuto General de la Abogacía) ni pretende retribuir al letrado por todos los conceptos de su actuación profesional. (...). No se trata de una retribución de servicios, sino de un resarcimiento por el servicio prestado, conceptos, a todas luces, distintos. (...) El eventual conflicto que pudiera ocasionarse en el supuesto de una designación que ocasionara gastos excesivamente onerosos para el letrado nunca puede ser resuelto pena de desvirtuar el derecho fundamental a la asistencia letrada gratuita con cargo al ciudadano, sino con cargo al sistema de financiación pública del turno de oficio.”



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Pero esta calificación en modo alguno desvirtúa su naturaleza de subvención, sujeta por tanto a los principios y procedimientos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁷⁴. Parece, por otra parte, que la propia naturaleza de la subvención no permite la subcontratación, ya que como se ha expuesto el fundamento de la decisión del legislador se encuentra precisamente en que los profesionales a los que se encomienda el ejercicio de la función pública se encuadran en los Colegios de abogados.⁷⁵

Finalmente y en lo que se refiere a las subvenciones y su gestión resultan de interés dos datos adicionales. Por una parte, los datos que ofrece el informe de 1990 de la Sección de Estudios del Consejo de Estado francés⁷⁶, una de cuyas sus recomendaciones consiste en la centralización de los fondos públicos destinados a este fin. Por otra, la quinta de las recomendaciones de ofrece el Comité de Expertos del V Observatorio de la Justicia Gratuita, que destaca la necesidad de que exista una sistematización y un cierto grado de homogeneización de los criterios de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. Como se ha puesto de manifiesto las diferentes Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita mantienen criterios

⁷⁴ Aunque no resulta directamente aplicable parece oportuno traer a colación el artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en el que se prevé que: "Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igualmente la consideración de beneficiarios."

⁷⁵ El 29 de junio de 2004 el Defensor del Pueblo remitió una recomendación al Colegio de Abogados de Almería, para que organizara los servicios de asistencia jurídica de manera directa, sin asignar a ninguna empresa privada, actos de gestión o de comunicación respecto a la designación del letrado de guardia que tenía que asistir jurídicamente a las personas inmigrantes. Esa recomendación se realizó al comprobar cómo en la Comisaría de El Ejido se habían tramitado expedientes de expulsión sin la debida asistencia jurídica, a pesar de que los funcionarios policiales habían solicitado la presencia de letrado. En el informe remitido por el Colegio de Abogados de Almería, se reconocía que el 25 de febrero de 2004, se había adoptado un acuerdo en el que literalmente se decía: «Radio Taxi tiene encomendadas las funciones en este ámbito por ser una empresa que permanece veinticuatro horas al día disponible durante todos los días del año, y el Ilustre Colegio de Abogados de Almería, sólo se encuentra abierto al público en horario de oficina. Además, tanto los Juzgados como los centros de detención de Almería y su provincia que precisen abogado de oficio llaman a dicha empresa a la que semanalmente se le aporta un listado de letrados de guardia en los distintos partidos judiciales». A juicio del Defensor del Pueblo, la función que con carácter general tiene la abogacía y en especial la naturaleza del derecho de defensa no pueden quedar supeditados al buen hacer de una empresa privada. Esta recomendación fue aceptada.

⁷⁶ *L'aide juridique pour un meilleur accès au droit et à la justice: rapport adopté par la Section du Rapport et des Etudes le 26 avril 1990*, Conseil d'Etat, Section du Rapport et des Etudes, Paris, La Documentation Française, 1991.



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

distintos, a veces antagónicos, a la hora de interpretar la legislación vigente para conceder o denegar el beneficio de justicia y resolver sobre diversas cuestiones que afectan a la justicia gratuita.

Conclusiones.

- La asistencia jurídica gratuita puede ser calificada como un servicio de interés público. La decisión del legislador estatal de encomendar la gestión del servicio a los Colegios de abogados y procuradores tiene su fundamento en la necesidad de adscribir al servicio a los abogados que se encuadran en los Colegios, ya que resultan ser los profesionales idóneos para el desempeño de esta específica función pública.
- La prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los abogados adscritos al turno puede ser calificada como un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas. El abogado se inserta así en un régimen jurídico administrativo especial que incluye la fijación de límites a las posibilidades de cesar en el desempeño de la función. La voluntariedad en la adscripción al turno de oficio resulta, en este sentido, esencial.
- Los pronunciamientos jurisdiccionales sobre las reacciones de los Colegios de abogados en los casos de demoras en el pago de las indemnizaciones o resarcimientos debidas a los profesionales se basan en la aplicación analógica de los criterios fijados para solucionar los conflictos entre el derecho de huelga en los servicios esenciales y otros bienes o derechos garantizados constitucionalmente. Sin embargo, parece previsible la evolución de esa línea jurisprudencial hacia pronunciamientos más matizados.
- Los acuerdos en los que los Colegios de abogados optan, como medida de reacción ante los conflictos con las Administraciones públicas, por la suspensión incondicionada de las designaciones de abogados para la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita son contrarios a las previsiones legales sobre el sistema y, por consiguiente, nulos.
- En los términos actuales el funcionamiento del servicio es valorado positivamente por los ciudadanos y no resulta gravoso para el presupuesto público. Las reacciones de los Colegios de



CONSEJO GENERAL
DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA

Comisión Jurídica

abogados ante las disfunciones en el sistema de asistencia jurídica gratuita podrían hacer olvidar el valor de estas afirmaciones y conducir a una reconsideración global del sistema, reconsideración a la que no serían ajenos los criterios generales del derecho de la competencia.