

Ejercicio de una inexistente potestad sancionadora frente a abogados del turno de oficio

Gloria Ortega Reinoso

Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

El derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24.1 de la Constitución, se reconoce a “*todas las personas*”¹, y no sólo a los españoles, como dejó zanjado el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 99/1985, de la que se hizo eco la núm. 115/1987, al poner de relieve que este derecho es uno de los derechos inherentes a la condición humana y, por tanto, también de los extranjeros, con independencia de su situación jurídica.

La citada Sentencia 99/1985 señaló que, con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, aunque atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y la Ley interna española. Si bien, ni siquiera esta modulación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”². Así sucede con los derechos fundamentales, “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con los “que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”. Pues bien, uno de estos derechos es el derecho a obtener la tutela efectiva, que el art. 24.1 CE refiere de forma expresa a “*todas las personas*”, y a cuya conclusión se llega también interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE,

¹ Dice el art. 24.1 CE que “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

² STC 107/1984.

de conformidad con los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, en los que el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a “*toda persona*” o a “*todas las personas*”, sin atención a su nacionalidad.

La tutela judicial, o función jurisdiccional, corresponde con carácter exclusivo y excluyente a los Juzgados y Tribunales³. Colaboradora de la Administración de Justicia es la Abogacía, que, frente al Juez, que forma parte del aparato legítimo del poder, aunque obligado a la imparcialidad, y al Fiscal, vinculado al sistema de poderes, aunque obligado a la objetividad, se caracteriza por la libertad y la independencia en su actuación profesional puesta siempre al servicio del defendido, lo que permite la más idónea defensa de los derechos y libertades de los individuos⁴.

Con el objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, el art. 119 CE, incurso en el Título VI (y no en el Título I), indica que “*La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”. Este precepto contiene un mandato dirigido al Estado, que debe asumir una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que el derecho a la tutela judicial efectiva sea real y efectivo incluso para quienes carezcan de recursos económicos.

El derecho a la justicia gratuita es un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, en el que encuentra fundamento (en relación con el principio de igualdad, art. 14 CE), que, según se desprende del propio tenor del inciso primero del art. 119 CE, que dice que la justicia será gratuita “*cuando así*

³ Art. 117.3 y 4 de la CE, incluido en el Título VI, “*Del poder judicial*”.

⁴ A la asistencia letrada se refiere el texto constitucional en diversas ocasiones: su art. 17.3 “*garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca*”, confirmando la reforma que a impulso de la Abogacía se introdujo en los últimos meses de 1978 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que todo inculcado llegue a manos de la justicia en condiciones de ser enjuiciado con todas las garantías, y el art. 24.2 reitera esa garantía ya en el seno de las actuaciones jurisdiccionales, al señalar que “*Asimismo, todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de letrado*”.

lo disponga la ley”, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Por el contrario, se trata de un derecho “de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias”⁵. En consecuencia, “el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado –penal, laboral, civil, etc.–, o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento”⁶.

Ahora bien, la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE tampoco es absoluta, ya que el inciso segundo de dicho precepto declara explícitamente que la gratuidad de la justicia se reconocerá “*en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”, situación ésta que de concurrir origina el nacimiento de un auténtico derecho fundamental frente a los poderes públicos que ostentan todas las personas que se encuentren en dicha situación económica. Existe, por consiguiente, un “contenido constitucional indisponible” para el legislador, que le obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar⁷; deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o de poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar⁸.

Una vez que el concepto jurídico indeterminado empleado por el art. 119 CE, “*insuficiencia de recursos para litigar*”, resulte concretado por el legislador, todas las personas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva deberán poder beneficiarse del derecho a la gratuidad de la justicia del modo y manera en que lo configure el legislador si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

⁵ SSTC 16/1994 y 182/2002.

⁶ STC 16/1994.

⁷ STC 117/1998.

⁸ STC 16/1994.

La previsión constitucional ha sido contemplada por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial que en sus arts. 20.2 y 440.2, pfo. 2º⁹, recogió el mandato constitucional y remitió para su regulación a la ley ordinaria, habiendo sido objeto de desarrollo por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Respecto del procedimiento para obtener el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, y frente al sistema hasta ahora vigente, la principal novedad consiste en que pierde su naturaleza judicial para transformarse en un procedimiento administrativo, de cuyas solicitudes conoce una comisión administrativa, denominada Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Y en cuanto al reconocimiento del derecho se establecen dos criterios: uno objetivo, basado en la situación económica de los solicitantes, y otro subjetivo, que completa al anterior, al permitir el reconocimiento excepcional de este derecho a personas cuya situación económica exceda del módulo legal pero que, no obstante, afronten circunstancias de una u otra índole que deban ser ponderadas y que hagan conveniente ese reconocimiento.

Ahora bien, al determinar el ámbito personal de aplicación, la Ley 1/1996 señaló, en su art. 2, que “*tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”.

El Defensor del Pueblo impugnó, a instancia, entre otros, del Consejo General de la Abogacía Española, el inciso “*que residan legalmente en España*”, en la medida en que excluía de tal derecho a los extranjeros que se encontraban en España de forma ilegal, vulnerándose, en su opinión, el art. 24 de la Constitución, al no respetarse el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que dio lugar al recurso de inconstitucionalidad número 1555/1996. Alegaba el Defensor del Pueblo que, a tenor de dicho precepto (art. 2 de la Ley 1/1996), los extranjeros que se hallaban ilegalmente en España sólo gozaban de asistencia y defensa letrada y representación gratuitas en los procesos penales (art. 2.e) y en los contencioso-administrativos, así como en la vía administrativa previa, relativos al derecho de asilo (art. 2.f), pero no en las restantes cuestiones que afectaban a su *status* personal que no estu-

⁹ Dice el art. 20.2 de la LOPJ que “*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*”, y decía el art. 440.2, pfo. 2º, hoy art. 545.2, tras la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que “*La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley*”.

vieran relacionadas con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo, como ocurre con los procesos destinados precisamente a cuestionar si ostentan o no la residencia legal en nuestro país y, en concreto, en relación con la sanción de expulsión prevista en la legislación de extranjería, de cuya impugnación conoce la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que es preceptiva la asistencia de Letrado y eventualmente de Procurador¹⁰, vulnerándose así su derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

El Pleno del Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso de inconstitucional núm. 1555/1996 en su Sentencia 95/2003, de 22 de mayo, que declaró que el inciso “legalmente” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996 era inconstitucional y por lo tanto nulo y que el término “residan”, contenido en igual lugar, sólo es constitucional si se entiende referido a la “situación puramente fáctica” de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el art. 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985¹¹, vigente al tiempo de la impugnación (y el art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000¹², vigente cuando se dictó la Sentencia), según el cual, “*Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente*”¹³, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad realizada.

Con anterioridad a dictarse la STC 95/2003, el art. 22.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción introducida por la LO 8/00, estableció que “*Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la*

¹⁰ Art. 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹¹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (derogada).

¹² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

¹³ Actual art. 30 bis, con parecida redacción tras la reforma operada por la LO 14/2003.

denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo”, añadiendo el art. 26.2 que “*A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada con información acerca... de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio...*”. No obstante, la STC 95/2003 argumentó que la legislación sobrenvenida no hacía perder su objeto al recurso, “pues se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lleva consigo la exigencia «ex Constitutione» de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa”.

Y aclaró que, “al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación. Aunque pudiera cuestionarse que el recurso del Defensor del Pueblo tenga dicho alcance general, así resulta de la estimación del mismo, y, si bien se mira, el supuesto planteado por el Defensor del Pueblo no es sino uno más de los posibles en los que un extranjero, con independencia de la regularidad administrativa de su situación, tiene legitimación para acudir a los Tribunales en defensa de su pretensión. Conforme a ello hemos de concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros venía cercenado por la norma impugnada en el caso de que careciesen de recursos económicos, en la medida legalmente prevista, para litigar”¹⁴.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es parte esencial del derecho a la tutela judicial

¹⁴ Esta Sentencia contó con varios Votos particulares. Así, de los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que advirtieron sobre el exceso del TC de convertirse en legislador positivo al parificar la posición del extranjero a la del ciudadano español más allá de las exigencias derivadas de los Tratados internacionales.

efectiva y como tal invocable por todas las personas independientemente de su nacionalidad y situación administrativa. Se trata, sin duda, de una conquista de nuestro Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que requiere un esfuerzo social colectivo y solidario¹⁵, pues con dinero público (presupuestos del Ministerio de Justicia y de las Consejerías de Justicia de las Comunidades Autónomas) se van a sufragar los honorarios derivados de la representación y defensa de pretensiones de personas que no sólo no son ciudadanos españoles sino que no han tenido con el Estado otro contacto que el de trabar la competencia de los Tribunales del foro¹⁶. Es evidente, y así lo ha entendido el TC, que la efectividad de este derecho no puede significar un empobrecimiento para el Estado de acogida. Ahora bien, esto no puede medirse sólo en términos economicistas, ya que los beneficios de su reconocimiento tienen que apreciarse como parte de los que derivan de un fenómeno mucho más amplio en el que viene inserto, que no es otro que el de la integración social de los extranjeros, difíciles de cuantificar, sobre todo a corto plazo, que se concretan en el enriquecimiento cultural, social y personal de las sociedades receptoras.

Consecuencia inmediata es que los turnos de oficio en materia de extranjería de los Colegios de procuradores y de abogados han visto ampliado su ámbito de actuación, puesto que ahora tienen que atender las pretensiones de cualquier extranjero que se halle en España que acredite insuficiencia de recursos. Ahora bien, la respuesta de los abogados tiene que seguir siendo igual de comprometida en pro de un moderno Estado de derecho. Su papel de garante exige el máximo celo profesional cuando sus servicios tienen como destinatario a un colectivo tan desamparado jurídicamente como es el de los inmigrantes que llegan a nuestras costas. Extranjeros que tienen que someterse a los dictados de las Leyes que les sean de aplicación, pero sin merma de sus derechos como personas. Y los Colegios de abogados, titulares de la potestad disciplinaria, han de velar porque los abogados no disminuyan su nivel de exigencia profesional ante ese colectivo, abriendo los oportunos expedientes disciplinarios, acordando, si procede, las medidas cautelares previstas, e imponiendo, en su caso, las correspondientes sanciones disciplinarias.

¹⁵ STC 12/1998.

¹⁶ Voto del Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata.

En este marco, la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía dictó una Orden, el 4 de noviembre del 2003¹⁷, denegando la concesión de 66.097'98 como integrantes de la subvención destinada al Consejo Andaluz de Colegios de Abogados por la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de abogados andaluces durante el primer trimestre del 2003, que en concreto detrajo del total certificado por el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz respecto de los servicios del turno de oficio vía administrativa de extranjería de ese periodo, porque, según se decía en los Antecedentes de la Resolución, del análisis de las certificaciones remitidas por ese Colegio de conformidad con el art. 46 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita¹⁸ resultaba una desproporción entre las actuaciones administrativas llevadas a cabo y los recursos contencioso-administrativos interpuestos.

A la vista de dicha desproporción, se requirió al citado Colegio para que adjuntara a tales certificaciones los recursos interpuestos en vía administrativa de extranjería. Recibida copia de 2.853 recursos, en 1.048, interpuestos por 108 Letrados, se detectaron, según la Dirección General, las siguientes deficiencias: 1) uso abusivo y generalizado de formularios, conteniendo fundamentación jurídica estandarizada; 2) argumentaciones jurídicas muy escuetas, poco motivadas e incongruentes. En muchos casos se mencionaba únicamente de forma genérica el art. 62.1.a) de la Ley 30/92; 3) omisión de la situación personal de los asistidos y nula referencia a su país de origen; 4) errores en la calificación de trámites y recursos; 5) errónea aplicación de la normativa vigente en materia de extranjería; y 6) presentación de los recursos administrativos fuera de plazo. Realizada la comprobación, la Dirección General dedujo que no se había cumplido la finalidad de la subvención, esto es, la plena realización de la tutela judicial efectiva de los extranjeros que carecían de recursos económicos para litigar, por lo que decidió denegar la subvención en la cuantía correspondiente a las mencionadas certificaciones.

Contra ello se alzaron el Colegio de abogados de Cádiz y Letrados que se habían visto privados de retribución por las “asistencias jurídicas gratuitas” realizadas, alegando ausencia de motivación de la Resolución e incompetencia de la Consejería para privarles de su retribución, para revisar técnicamente la calidad del trabajo profesional realizado y para ejercer una potestad sancio-

¹⁷ BOJA 17 de noviembre del 2003.

¹⁸ Aprobado por Decreto de la Junta de Andalucía de 26 de octubre de 1999.

nadora encubierta, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, lo que dio lugar al recurso nº 34/04 de la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con Sede en Sevilla. La Administración se opuso a la demanda insistiendo en la naturaleza subvencional de la financiación de los servicios de asistencia jurídica gratuita, condicionada a que se cumpla la finalidad a la que queda destinada, y en su potestad para proteger el interés público, así como en la debida motivación de la Orden impugnada. Recurso que ha sido estimado por Sentencia de 18 de abril del 2006, que ha anulado la citada Orden, “declarando el derecho de los abogados privados por ella de la retribución a que les sea satisfecha por el importe total detraído. Sin costas”.

Dos eran, por tanto, los motivos del recurso: falta de competencia de la Consejería y falta de motivación de la Resolución, los cuales se analizan a continuación.

Sobre la alegada falta de competencia de la Consejería para privar a los Letrados de su retribución, que es consecuencia de haber denegado la subvención en la cuantía correspondiente a las citadas certificaciones, conviene delimitar, con carácter previo, el papel asignado a la Junta de Andalucía, al Consejo Andaluz de Colegios de Abogados y a los Colegios de abogados integrados en dicho Consejo por el mencionado Reglamento andaluz (arts. 36 a 50). Pues bien, la competencia de la Junta se limita a subvencionar, dentro de las consignaciones presupuestarias, las actuaciones relativas a la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita. El libramiento de las subvenciones se efectúa trimestralmente al Consejo Andaluz de Colegios de Abogados, que distribuye su importe entre los Colegios de abogados andaluces en función del número de actuaciones profesionales realizadas en ese periodo y acreditadas, siendo los Colegios los beneficiarios de las subvenciones por la realización de las actuaciones relativas a la asistencia jurídica gratuita. A tal fin, dentro del mes natural siguiente al de finalización de cada trimestre el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados remite a la Consejería de Gobernación y Justicia la documentación exigida a tal efecto¹⁹. Y presentada la documenta-

¹⁹ Esta documentación consiste en: solicitud de subvención en la que se detalle el número e importe global de los turnos de guardia o asistencias letradas efectuadas y de los procedimientos de justicia gratuita por turno de oficio; certificación de cada Colegio de abogados en la que conste el número e importe total de los turnos de guardia o asistencias letradas realizadas y de los procedimientos de defensa gratuita, desglosados de acuerdo con la tipología y porcentajes que se establecen en los Anexos 2 y 3, respectivamente, del Reglamento. Asimismo, y referido al turno de

ción, la Consejería tramita la orden de pago para el libramiento que corresponda efectuar. En consecuencia, la orden de pago para el libramiento sólo está condicionada a la presentación por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados de la documentación prevista en el Reglamento. Si no se presenta, la Consejería puede dejar en suspenso la tramitación de la subvención respecto de los Colegios de abogados que no aporten la documentación preceptiva; suspensión que también se prevé si el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados incumple la obligación de justificar la aplicación de la subvención percibida durante el ejercicio inmediatamente anterior. Si incumple dicha obligación se suspenderán los sucesivos libramientos hasta que se rinda cuenta y si el retraso se debe a la falta de justificación de algún Colegio se detraerá de los libramientos posteriores una cantidad igual a la no justificada por éste. Las diferencias que puedan resultar de los libramientos a cuenta realizados durante el ejercicio anterior por devoluciones de percepciones indebidas se regularizarán, una vez cumplimentado el trámite de justificación anual²⁰, en el siguiente libramiento. Por último, y de conformidad con lo establecido en el art. 116 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el régimen sancionador aplicable en relación con las subvenciones previstas en este Reglamento es el establecido en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, siendo competente para acordar e imponer las sanciones el titular de la Consejería de Gobernación y Justicia.

Por tanto, la suspensión de la tramitación de la subvención sólo es posible en dos ocasiones, y las dos por incumplimientos formales: 1) no presentar la documentación especificada en el Reglamento previa al libramiento; y 2) no justificar la aplicación de la subvención percibida durante el ejercicio inmediatamente anterior. Fuera de tales casos el acuerdo de suspensión es arbitrario. Esto, sin perjuicio del régimen sancionador aplicable en relación con las subvenciones.

guardia establecido para cada Colegio, se certifica el número total de asistencias letradas realizadas durante el trimestre correspondiente, detallando las guardias en las que se prestaron más de seis asistencias, la fecha y cuál fue su distribución entre los letrados de guardia; y certificación de cada Colegio en la que se acredite el cumplimiento de los requisitos generales mínimos exigibles a los abogados de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo establecido en la Orden del Ministerio de Justicia de 3 de junio de 1997 (art. 46.1).

²⁰ El Consejo Andaluz de Colegios de Abogados debe aportar para la justificación anual la documentación especificada en el art. 49.1.

En este sentido, dice la Sentencia que comentamos “que certificada y justificada por el Colegio la asistencia letrada en los correspondientes procedimientos de justicia gratuita efectuadas, resulta paradójico que se prive a 108 Letrados de su retribución profesional, a través de una Resolución cuyo único destinatario es el Consejo Andaluz de Abogados como entidad colaboradora y el Colegio de Abogados de Cádiz como único beneficiario. Por ello siendo cierta toda la argumentación de la contestación a la demanda sobre las facultades de control de los fondos públicos, el carácter modal de las subvenciones, etc..., la motivación de la Orden no hace referencia a los incumplimientos del Colegio como beneficiario o de la entidad colaboradora, sino que se refiere a la actuación profesional de 108 colegiados...”.

Ahora bien, la naturaleza pública de los fondos no altera el carácter de retribución de los servicios de los profesionales que los prestan, regulados y organizados por el respectivo Colegio (art. 22 de la Ley 1/1996). El derecho del abogado a la retribución por la “asistencia jurídica gratuita” prestada es un derecho a ser retribuido por la actuación profesional realizada (arts. 37, pfo. 2º, de la Ley 1/1996 y 41.2 del Reglamento andaluz). Estamos pues ante una doble relación, la del abogado con el justiciable asistido gratuitamente y la del abogado con la Administración, que es la que retribuye sus actividades profesionales. En consecuencia, la relación retributiva no es de la Administración con los Colegios de Abogados, sino de la Administración con el abogado que ha prestado la “asistencia jurídica gratuita”, que recibe su retribución a través de su Colegio de abogados y del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados. Por tanto, realizada la “asistencia jurídica gratuita” y acreditada ante su Colegio, mediante el cumplimiento de los trámites que para cada procedimiento se recogen en el Anexo 3 del Reglamento, el abogado de oficio tiene derecho a que se haga efectiva su retribución con fondos públicos, sin que la Junta esté habilitada para privarle de la retribución que le corresponda por unos trabajos efectivamente realizados, como ha certificado y acreditado el Colegio de abogados de Cádiz en el caso que nos ocupa.

Pero resulta que la Consejería ha denegado parte de la subvención, no porque los trabajos profesionales no se hayan realizado o acreditado, sino porque en su opinión se han realizado defectuosamente. Sin embargo, la Consejería carece de competencia para revisar técnicamente la calidad del trabajo profesional ejecutado; revisión que tampoco pueden llevar a cabo los Colegios de abogados o el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados en este momento. Según el Reglamento andaluz, los Colegios se limitarán a verificar la efectiva prestación de los servicios por parte de los profesionales, mediante la oportuna justificación documental (art. 42), y a remitir la documentación que

acredite el cumplimiento de los requisitos generales mínimos exigibles a los abogados de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita (art. 46.1), pero sin controlar la calidad de los mismos. Y, por su parte, la Consejería se limitará a comprobar que se ha remitido la documentación requerida. En su defecto puede suspender la tramitación de la subvención, como hemos visto, pero carece de competencia alguna en el aspecto sustantivo, es decir, respecto de la concreta actuación profesional llevada a cabo por los abogados.

Si en la tramitación que le es propia la Junta detecta deficiencias en el servicio público de asistencia jurídica gratuita por parte de algunos profesionales debe proceder conforme disponen los arts. 41 de la Ley 1/1996 y 32 del Reglamento andaluz para que el Colegio de abogados adopte las medidas oportunas respecto de aquellos Letrados que debidamente identificados hayan prestado una asistencia incorrecta, sobre la base de que los abogados del turno de oficio prestan la “asistencia jurídica gratuita” con libertad e independencia de criterio, pero con sujeción a las normas deontológicas y a las que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita, estando sometidos a la potestad disciplinaria de los Colegios de abogados, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera ejercitar el solicitante (arts. 30 y 32 del Reglamento), por lo que, frente a una actuación profesional que se estime contraria a las normas deontológicas o estatutarias cabe presentar queja ante el correspondiente Colegio de abogados, para que éste inicie, en su caso, procedimiento disciplinario.

Lo que no cabe es, como también declaró la Sentencia que comentamos, actuar de manera tan generalizada contra la mayoría de los Letrados que asistieron a inmigrantes en la provincia de Cádiz, imputándoles deficiencias también con carácter general sobre uso de formularios, recursos fuera de plazo, errónea cita de normas jurídicas, etc..., deduciendo finalmente el incumplimiento de la finalidad de la subvención de la falta de proporcionalidad entre la asistencia en vía administrativa y los recursos contencioso-administrativos finalmente interpuestos. Añade, además, esta Sentencia que “la mayoría de los expedientes de expulsión y devolución son similares o idénticos, por lo que la reiteración en los escritos de alegaciones no puede ser calificada de actuación incorrecta, y que la desproporción entre las actuaciones en vía administrativa y judicial podría estar justificada por las instrucciones del propio asistido o por la insostenibilidad de la pretensión en casos tan claros como es la entrada ilegal en nuestro país. En suma, que de esas generalidades no se puede deducir ni el incumplimiento de la finalidad de la subvención, ni la vulneración de la tutela judicial de los asistidos”.

Por lo que hay que concluir que la verdadera naturaleza de la Orden recurrida ha sido la del ejercicio encubierto de una inexistente potestad sancionadora, mediante la que se ha impuesto la muy grave sanción de privar de retribución a abogados que efectivamente prestaron servicios de “asistencia jurídica gratuita”, los cuales acreditaron en forma.

Por último, y respecto de la alegada ausencia de motivación de la Resolución, ha declarado la citada Sentencia que la Orden de la Consejería “se refiere a la actuación profesional de 108 colegiados, no de manera individualizada, sino con carácter general imputando una serie de deficiencias relatadas en los antecedentes de la Orden y que en listado aportado en periodo de prueba se traduce en una serie de porcentajes 30%, 70% y 100% difícilmente inteligibles. Por ello la insuficiencia de motivación denunciada es patente, teniendo en cuenta que la Orden limita o priva del derecho a la retribución por el servicio profesional prestado. Estimando conforme a la tesis de los demandantes que la Orden vulnera el art. 54 de la Ley 30/92”.

Por posterior Orden de la misma Consejería, de 16 de diciembre de 2003²¹, se denegó la concesión de 66.097,98 € como integrantes de la subvención destinada al Consejo Andaluz de Colegios de Abogados por prestación del servicio de asistencia jurídica por los Colegios de abogados andaluces durante el segundo trimestre del 2003, que se detrajeron del total certificado por el Colegio de abogados de Cádiz respecto de los servicios del turno de oficio vía administrativa de extranjería correspondientes a este nuevo periodo, por los mismos motivos que habían provocado la denegación de parte de la subvención en el primer trimestre de igual año, contra la que también interpusieron recurso el citado Colegio y Letrados afectados, seguido con el nº 289/04 de la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJA con sede en Sevilla, que también ha sido estimado por Sentencia de 18 de abril del 2006, con la misma fundamentación jurídica que la otra Sentencia de la misma fecha ya comentada.

²¹ BOJA de 12 de enero del 2006.