

En la Ciudad de Valencia, a 16 de abril de dos mil catorce.

En el recurso contencioso administrativo núm. 220/12, interpuesto por el Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, representado por el Procurador D. Francisco Cerrillo Ruesta y asistido por el Letrado D. José Enrique Andújar Alba, contra Orden 2/2012, de 17 de enero, de la Consellería de Justicia y Bienestar Social de la Generalidad Valenciana.

Habiendo sido parte demandada en autos la Generalidad Valenciana, representada y defendida por sus Servicios Jurídicos, y Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. José Bellmont Mora.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplicó se dicte sentencia declarando no ajustado a derecho la Orden recurrida.

SEGUNDO.- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la disposición general recurrida.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló la votación para el día ocho de abril de dos mil catorce, en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto por el Consejo Valenciano de Colegios de Abogados contra la Orden 2/2012, de 17 de enero, de la Consellería

de Justicia y Bienestar de la Generalidad Valenciana, por la que se establecen los módulos de compensación económica aplicable a actuaciones del turno de oficio y asistencia al detenido o preso por los Procuradores y Abogados de la Comunidad Valenciana, al considerar que es nula de pleno derecho en tanto que se ha omitido el traslado a la parte actora del informe sobre necesidad del Proyecto y de la Memoria Económica y del expediente administrativo, la inexistencia de dicha Memoria, la falta de motivación de la disminución del plazo para alegaciones, la violación del principio de jerarquía normativa al eliminar conceptos abonables incluidos en el Decreto Valenciano nº 29/2001, de 30 de enero, en concreto el relativo a "Transacciones extrajudiciales" y, en fin, por incurrir en desviación de poder. Así mismo reclama una remuneración digna y suficiente.

SEGUNDO.- Respecto a la nulidad invocada por falta de determinados trámites administrativos, ciertamente que se ha omitido la motivación relativa a la disminución del plazo para alegaciones y ha sido escueta en cuanto a la memoria económica; no así en cuanto al traslado del informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, por cuanto el artículo 43 de la Ley 5/1983, de 20 de diciembre, del Consell, tan solo preceptúa la audiencia de los interesados, lo cual no implica el traslado del citado informe ni del expediente administrativo. Mas, aún cuando se admitiera la tesis actora, sería necesario para apreciar la nulidad la existencia de indefensión, cosa que en forma alguna se ha producido. En efecto, cualquier petición de anulabilidad debe conllevar la causa que legalmente permite invalidar el acto administrativo: que origine una situación de indefensión en el administrado. Ello debe ser así como ha destacado el Tribunal Constitucional (STC 35/1989, de 14 de febrero) al establecer que "no coincidiendo necesariamente el concepto de indefensión con relevancia jurídico-constitucional con el concepto de indefensión meramente jurídico-procesal, se producirá aquélla cuando la vulneración de las normas procesales lleve consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado... el art. 24.1 de la Constitución no protege en situaciones de simple indefensión formal, pues no son tales situaciones las que en su caso deben corregirse mediante la concesión del amparo, sino en supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, pues de otra manera no sólo la estimación del amparo tendría una consecuencia puramente formal, sino que no haría más que dilatar indebidamente el proceso". En el mismo sentido la STS de 17 de junio de 1991 añade que "... cuando la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo, sin influencia alguna en su sentido, o sea, condicionando las nulidades a que se haya producido indefensión". La Sentencia del Tribunal Supremo de 13-10-2000 afirma que: "La falta de audiencia (cierta en este caso) constituye un vicio formal, pues es la omisión de un trámite procedimental. Como tal, sus efectos están regulados en el artículo 63-2 de la Ley 30/92, como causa de anulabilidad de los actos administrativos (y no en el artículo 62-1-e), ya que la mera falta de ese trámite no constituye, se mire por donde se mire, una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, que constituye una causa de nulidad de pleno derecho.

Según el artículo 63-2, para que el defecto de forma acarree la invalidez del acto es necesario, por lo que aquí importa, que el vicio produzca una indefensión al interesado.

Por eso el interesado a quien no se ha oído no puede impugnar el acto alegando sólo ese mero vicio formal, (como aquí ocurre) sino que tiene que poner de manifiesto que por esa causa ha sufrido indefensión, es decir, una disminución de sus posibilidades de alegación y prueba. Esa disminución significa que al no serle concedida audiencia en su momento, ha perdido irremisiblemente, por la razón que sea, todas o algunas de esas posibilidades, de suerte que más tarde no podrá utilizarlas. En tal caso se ha producido una indefensión que es causa de anulación del acto administrativo. En otro caso, es decir, si a pesar de la falta de audiencia las posibilidades de alegación y prueba siguen intactas, el vicio formal no ha producido indefensión y constituye un mero vicio de forma no invalidante".

Es nota común a todos los casos mencionados que los incumplimientos referidos no han ocasionado o podido ocasionar una efectiva situación de indefensión al interesado, es decir, que si bien esa situación se ha producido en parte, en este caso constituye una mera irregularidad, pero no un vicio invalidante, en tanto que la parte recurrente ha podido, como así se desprende de su escrito de demanda, organizar adecuadamente su defensa.

TERCERO.- Tanto la parte demandante como la Administración recurrida coinciden, y este Tribunal lo comparte, en que la actualización de los módulos y bases de compensación operada en la litigiosa Orden es una manifestación de la potestad reglamentaria, la cual ha sido dictada en cumplimiento de la habilitación otorgada en el artículo 39 del Reglamento de Asistencia Jurídica. Sin embargo, la Orden se ha extralimitado en su competencia cuando además elimina conceptos abonables incluidos en el Decreto Valenciano 29/2001, de 29 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en concreto el relativo a "Transacciones extrajudiciales" para Abogados, vulnerando así el principio de jerarquía normativa, lo cual conlleva la anulación parcial de la Orden, manteniendo dicho concepto en los términos fijados por la Orden de 7 de noviembre de 2005.

CUARTO.- Debemos rechazar la denuncia de desviación de poder esgrimida en el escrito de formalización de la demanda, que entiende que no contiene la Orden ninguna medida de optimización de los recursos ni búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia, en los términos recogidos en su Exposición de Motivos.

La desviación de poder ha sido analizada en multitud de ocasiones por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la Sala Tercera Sección Séptima en su sentencia de 29.06.2007 (reiterada por la sentencia de la Sección Quinta de 10.06.2008 ) que señala: "...El análisis de tal

motivo de impugnación exige poner de relieve la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre el concepto y requisitos del vicio de la desviación de poder recogida en sentencia de 25 de septiembre de 1995, entre otras: "Así, puede considerarse como jurisprudencia consolidada que la " desviación de poder ", consagrada constitucionalmente en el artículo 106.1 CE, en relación con el artículo 103 CE, y definida en el artículo 83 LJCA, comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad, pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de estar orientada, en todo caso, a la promoción del interés público y, en particular, a la finalidad concreta con que está configurada en la norma la potestad administrativa que se ejercita ( SSTS 6 de marzo de 1992, 25 de febrero, 10 de marzo y 12 de mayo de 1993). Para su apreciación es preciso que quien la invoque alegue y pruebe los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, si bien en este aspecto la más reciente jurisprudencia ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, entendiendo que la misma dificultad de la probanza de motivaciones internas hacía necesario admitir como suficiente la acreditación que permita al Tribunal formar su convicción ( SSTS de 7 de marzo de 1986, 19 de enero de 1989 y 14 de octubre de 1994, entre otras muchas). Por otra parte, deben considerarse como notas caracterizadoras, resumidas en las SSTS de 2 y 12 de abril de 1993 y 22 de abril de 1994, las siguientes:

a) El ejercicio de las potestades administrativas, a que afecta como límite la desviación de poder abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos en la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto (art. 1.2 LJCA y, en la actualidad, art. 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

b) El ámbito más específico para su desarrollo es la actividad discrecional de la Administración, pero no existe obstáculo apriorístico para que se aplique a la actividad reglada, ya que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del ordenamiento jurídico por desviación del fin público específico asignado por la norma e ilegalidad en los elementos reglados del acto (STS 5 de noviembre de 1978).

c) La desviación de poder, aunque pueda concurrir con otros vicios de nulidad del acto, es independiente de éstos, habiendo señalado la jurisprudencia que "las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término (STS 10 de noviembre de 1983).

d) Siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados -artículo 1249 del Código Civil- de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano -artículo 1253

del Código Civil- derive la persecución de un fin no previsto en la norma (STS 10 de octubre de 1987).

e) La prueba de los hechos que sirven de soporte a la desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidante del acto (art. 1214 CC), aunque la regla debe conjugarse con el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe procesal, considerando que hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditamiento para la otra (STS de 23 de junio de 1987).

f) Es preciso la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que es apreciable tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella ( STS 11 de octubre de 1993 y 22 de abril de 1994 )....". En el presente caso, no se aprecia la persecución de un fin espúreo por parte de la Generalidad Valenciana, sino mantener un equilibrio entre su disponibilidad presupuestaria, limitada en virtud de la crisis económica, y la necesidad de alcanzar en la mayor medida posible un justicia gratuita para aquellos que lo precisen, lo que excluye cualquier sospecha de desviación de poder.

Esta meta legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema eficaz de justicia gratuita se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos. De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos; esta jurisprudencia ha dejado claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, como deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la Justicia o, lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es.

Ello conduce a que en lo relativo a la financiación, se permita el adecuado ajuste a las cambiantes situaciones económicas y sociales, para así lograr el indicado objetivo de la tutela judicial efectiva para todos aquellos que la precisen. No cuestiona este Tribunal los argumentos vertidos en la demanda sobre la exigencia de una remuneración acorde con el trabajo que el Abogado desarrolla y sus necesidades, pero a tenor de lo anteriormente expuesto, los módulos de compensación económica del profesional que opta por el turno de oficio y asistencia al detenido o preso deben someterse a la disponibilidad presupuestaria de cada momento para así alcanzar el repetido objetivo de tutela judicial efectiva. Por todo lo

expuesto, procede declarar la contrariedad parcial a Derecho de la Orden impugnada y estimar en parte el recurso contencioso administrativo planteado.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del nº.1 del art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo Valenciano de Colegios de Abogados contra la Orden 2/2012, de 17 de enero, de la Consellería de Justicia y Bienestar de la Generalidad Valenciana, por la que se establecen los módulos de compensación económica aplicable a actuaciones del turno de oficio y asistencia al detenido o preso por los Procuradores y Abogados de la Comunidad Valenciana, debemos anular y anulamos parcialmente dicha norma, manteniendo en la misma la retribución relativa a "Transacciones extrajudiciales" para Abogados en los términos fijados por la Orden de 7 de noviembre de 2005. En cuanto a las costas procesales cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Firme que sea esta resolución, publíquese en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana a los efectos oportunos.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Bellmont Mora.- Rosario Vidal Mas.- Fernando Nieto Martín.- Begoña García Meléndez.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico. Valencia a