

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL PAÍS VASCO**

Sección 3ª

Proced: ORDINARIO 897/2012

ISABEL APALATEGUI ARRESE, Procuradora de los Tribunales y del **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA**, representación que consta acreditada en autos de referencia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco comparezco y, como mejor en derecho proceda, **DIGO**:

Que por Diligencia de Ordenación de fecha 29 de enero de 2013, notificada en fecha de 4 de febrero, se ha reanudado el cómputo del plazo para formalizar demanda, dando a esta parte traslado por el plazo restante de diez días, con entrega del expediente administrativo. En su virtud, por medio del presente escrito cumplimenta esta parte el trámite de **FORMALIZACIÓN DE DEMANDA**, en súplica de lo que se precisará, y con base en los siguientes:

HECHOS

PRELIMINAR.- DISPOSICIÓN OBJETO DE RECURSO.

En el presente Recurso Contencioso-Administrativo, es objeto de impugnación la siguiente disposición general de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

Decreto 110/2012, de 19 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de fecha 6 de julio de 2012.

PRIMERO.- Como hemos dicho, en el Boletín Oficial del País Vasco de fecha 6 de julio de 2012 se publicó el Decreto 110/2012, de 19 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Contra dicho Decreto, el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia interpuso recurso contencioso-administrativo con fecha 4 de octubre de 2012, que fue admitido por Decreto de 16 de octubre.

Los hechos que a continuación se exponen, se hallan contenidos en el expediente administrativo (en adelante, expediente administrativo) remitido a la Sala por la Directora de Justicia del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco, el 14 de noviembre de 2012.

SEGUNDO.- El Documento nº 1 del expediente administrativo se corresponde, según la relación de documentos remitida por la Dirección de Justicia, con la “Orden de Inicio del procedimiento de elaboración”.

El documento en cuestión consta de un folio a doble cara en el que no aparece la fecha ni la firma de la Consejera de Justicia y Administración Pública. El membrete, corresponde a un departamento inexistente: “Departamento de Hacienda y Administración Pública”.

TERCERO.- El Documento nº 2, nuevamente sin fecha ni firma, viene a ser la orden de aprobación del proyecto de elaboración del Decreto.

Señala el documento que la orden de inicio se acordó el 16 de febrero de 2011.

La Comisión Jurídica Asesora en su dictamen afirma que la orden de aprobación es de 11 de marzo de 2011, sin que justifique de dónde se obtiene esta fecha.

Entre la orden de iniciación y la orden de aprobación no existe ningún documento.

El Documento nº 3 se denomina en la “relación de documentos”, “Texto del nuevo Decreto”.

CUARTO.- El Documento nº 4 es el “Informe del servicio Jurídico del Departamento de Justicia y Administración Pública”, en el que se dice:

“La documentación que se acompaña para realizar el informe consta de la orden de la Consejera de Justicia y Administración Pública que dispone el inicio del procedimiento de elaboración del nuevo decreto de Asistencia Jurídica Gratuita y el borrador del proyecto de la nueva norma”. (Folio 47 del expediente administrativo).

Este informe jurídico tiene pues, por todo antecedente, la orden de inicio y el borrador de proyecto del decreto.

Sin embargo, el informe indica (Folio 60 expediente administrativo):

“En la tramitación del expediente se han seguido las directrices contenidas en la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las disposiciones de carácter general”.

Y como conclusión se afirma que:

“Del examen del proyecto se puede concluir que a pesar de las precisiones realizadas al mismo, no se dan vicios en su redacción y fondo que hagan que el proyecto pueda incurrir en vicios de nulidad”.

QUINTO.- Los Documentos nºs 5 a 13, ambos inclusive, comprenden los informes y alegaciones presentados por quienes fueron sido llamados a cumplimentar el trámite.

SEXTO.- El Documento nº 14 se denomina “Informe de respuesta frente a escritos de alegaciones al proyecto de Decreto de Asistencia Jurídica Gratuita”.

En relación a este informe de respuesta a las alegaciones cabe destacar:

1.- El informe carece de fecha, firma y membrete sin que pueda acreditarse su autor, el momento en

que fue emitido o si se trata de un documento elaborado por asesores externos al departamento que se incorpora al expediente sin ser asumido ni validado formalmente por el instructor.

2.- En la respuesta a las alegaciones del Consejo Vasco de la Abogacía existe un punto denominado “Previo” en el que se hace referencia a primeros borradores, a negociaciones, a reuniones, al intercambio de textos y redacciones alternativas que no están recogidas en el expediente.

3.- Por otra parte, se afirma en el Folio 239 del expediente administrativo que:

“La reforma pretendida también tiene un contenido económico, contenido que no solo no se oculta en el texto del decreto sino que debe ser puesto de relieve por la obligación de las administraciones públicas y de los colectivos e instituciones que perciben fondos públicos de dar a estos el destino correcto del modo más eficaz y eficiente posible”.

Contenido económico que, como insistiremos, se desconoce al omitir la preceptiva memoria económica inicial.

4.- En el Folio 242 del expediente administrativo se hace referencia a que el artículo 40 del proyecto recoge lo que denomina “Compensación por asuntos fallidos” y a este respecto en la respuesta a las alegaciones al Consejo Vasco de la Abogacía se dice que el departamento de Justicia,

“Abonará dentro del primer trimestre natural a los Colegios de Abogados una cantidad mínima del 2% del importe satisfecho en la anualidad anterior en concepto de turno de oficio, para que estos distribuyan entre sus colegiados las cantidades que estimen oportunas y que no han podido obtener por los cauces generalmente admitidos.”

Más adelante después de cuantificar el alcance de este 2% se indica:

“En la actualidad las Comisiones tramitan menos de trescientos expedientes fallidos bajo la denominación “Facilitar cobro”. Por otro lado, la fórmula permite que los propios colegios decidan cómo y cuándo repartir de esa bolsa (el País Vasco es la única Comunidad Autónoma junto a Navarra que establece un colchón de garantías, cuando en la actualidad no existe amparo legal para cobrar cuando es imposible por distintos motivos).” (El subrayado es nuestro)

Hay que fijarse en esta última frase subrayada: no existe amparo legal para cobrar. Nada se indica sobre qué base jurídica se sostendrá esa compensación por asuntos fallidos que se proclama. Una falta de previsión que llevará al Departamento a retirarla del proyecto tras el primer informe de la oficina de control económico.

5.- En los Folios 254 y 255 del expediente administrativo hay una mención a los artículos 44 y 46 (peritos privados) donde se afirma:

“De nuevo, tras abundante debate en relación a estos dos artículos, se mantiene la redacción del proyecto, por los motivos ya aducidos, en sintonía con la legislación y prácticas de otras CCAA y Ministerio.”

Como veremos, la redacción no se mantiene, y se cambia sin justificación alguna.

6.- En el Folio 259 del expediente administrativo, en la respuesta a las alegaciones de la Dirección de Normalización Lingüística de las Administraciones Públicas, se acepta un texto que se incorpora posteriormente al artículo 2, “Titulares del Derecho”, como un tercer apartado:

“A través del presente decreto se garantiza el derecho de la ciudadanía a ser atendida en castellano y en euskera tanto de manera escrita u oral en sus relaciones con la administración de justicia, en sus relaciones con las Comisiones de asistencia jurídica gratuita, con la administración de justicia y con los colegios de abogados.”

Este texto que se acepta y se incorpora en sucesivas versiones del decreto desaparece del definitivo sin que se justifiquen las razones de su eliminación.

SEPTIMO.- El Documento nº 15 es una nueva versión del borrador de decreto denominada “Texto Refundido tras estudio de alegaciones”.

Se modifica la Exposición de Motivos y los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 27, 28, 31, 32, 37, 38, 40, 41 y 44.

La mayor parte de las modificaciones operadas en el primer borrador de decreto son de mero estilo salvo la que hace referencia al artículo 15 (Excepcionalidades al procedimiento normalizado) al que se le da una nueva redacción, al artículo 16 (Presentación de la solicitud) o al artículo 32.

Llama la atención la respuesta que el informe de alegaciones ofrece a lo planteado por el Consejo Vasco de la Abogacía en relación a los artículos 44 y 46 (Folio 255 del expediente administrativo), esto es, “*Se mantiene la redacción del proyecto*” cuando lo real es que se incorpora en el artículo 44 un nuevo párrafo “a)” excluyendo del pago los honorarios devengados en la asistencia pericial gratuita “*cuando la pericial se refiera a contador-partidor dirimente*”.

OCTAVO.- El Documento nº 17 se denomina “Memoria sucinta del proyecto de nuevo decreto de asistencia jurídica gratuita”.

Esta memoria, sin firma, tendría que corresponderse con la que se halla prevista en el artículo 10 Ley 8/2003.

La memoria se dedica un punto “Previo” a los Colegios de Abogados y al Consejo Vasco de la Abogacía (Folio 320 del expediente administrativo) para mencionar reuniones y aportaciones al proyecto de los Colegios de Abogados que se encuentran incorporadas al proyecto de decreto. Estas afirmaciones que se vierten en la memoria carecen de todo soporte documental en el expediente administrativo.

No se justifican las razones que motivan la no aceptación de las observaciones contenidas en los informes de carácter preceptivo (en concreto las del Consejo Vasco de la Abogacía) y muchas otras que se dicen aceptadas, como decimos, no aparecen en la versión final del Decreto. Particularmente, toda la parte del decreto de contenido económico y la modificación aceptada de la Dirección de Normalización Lingüística (Folio 323).

Tratándose de una memoria “final” sólo se describe el procedimiento parcialmente. Y de forma equívoca.

NOVENO.- El Documento número 18 es la memoria económica.

Se trata de un documento meramente formal cuestionado sin ambages por la Oficina de Control Económico.

DÉCIMO.- El Documento nº 22 es el “Informe de control económico-normativo” que emite la Oficina de Control Económico en relación con el proyecto de decreto de asistencia jurídica gratuita.

La Oficina de Control Económico emite una opinión no favorable al proyecto de decreto por las razones que se expresan en el mismo.

Llama la atención particularmente lo que señala el informe al Folio 393 del expediente administrativo:

*“En este sentido, ha de señalarse que en la documentación remitida junto con el expediente **no se contiene reflexión ni análisis en mayor profundidad sobre el planteamiento anterior, esencial a nuestro juicio por cuanto la naturaleza de la prestación que se regula condicionará no sólo el tipo de instrumento jurídico a través del cual hayan de materializarse aquellas, sino también el modo de gestión y ejecución de los créditos asignados para su financiación, así, la prestación de un servicio público por la administración requerirá la puesta en marcha de recursos propios específicos adecuados a las necesidades a cubrir, asumiendo la administración no sólo la responsabilidad de su ejecución sino su coste directo, implicándose créditos adecuados a su cobertura cuya clasificación económica presupuestaria se correspondería fundamentalmente con los cap. I, II y VI, pudiendo dicho marco dotarse de aquellos medios propios (personal, instalaciones) o ajenos (como pudiera ser realización a través de un contrato de prestación de servicios públicos) para su materialización, mientras que la instrumentación de un programa subvencional precisaría de su previa regulación conforme a la normativa subvencional aplicable tanto a la regulación de las ayudas como a las entidades colaboradoras en su gestión...***”

“Por otro lado, tampoco del análisis del texto remitido se identifica claramente el modelo de gestión y financiación que se pretende adoptar por el Departamento de Justicia y Administración Pública, pues si bien es cierto que se ha suprimido del texto del proyecto toda mención al concepto de subvención y a las entidades colaboradoras en la gestión de dichas subvenciones (que por otro lado, son los términos que expresamente utiliza la propia Ley

1/1996 en sus artículos 37, 38 y 39, para referirse al modo en que se financiará la prestación de dicho servicio y el carácter de entidades colaboradoras en la gestión de las subvenciones que tendrán los respectivos colegios profesionales) tampoco se deduce de la nueva disposición un cambio en el modelo de prestación ni en el sistema de financiación vigente (tampoco deducible de las partidas presupuestarias consignadas en los presupuestos para 2012 para la cobertura económica de dichos servicios, que se mantienen con los mismos conceptos y en el mismo capítulo -el cap.IV- que en ejercicios anteriores). De hecho, del propio apartado VI de la memoria económica remitida denominado “Ayudas y Subvenciones” y parece desprenderse el carácter subvencional que el departamento otorga al programa cuya regulación se pretende, aunque también es cierto que tal apartado se limita a expresar “tal y como se ha adelantado”, mientras el grado de ejecución del programa dependerá del número de solicitudes que no pueden ser cuantificadas a priori, los objetivos perseguidos (garantizar el acceso a la jurisdicción de todos los ciudadanos) se alcanzarán en cualquier caso en referencia a la identificación de objetivos presupuestarios del programa”.

Es evidente que estas cuestiones que la Oficina de Control Económico denuncia tienen que ver mucho con la inexistencia de una memoria económica inicial y con un estudio de viabilidad serio, del modelo que se proponía establecer y de los instrumentos legales que correspondía utilizar.

El nuevo borrador de Decreto que aparece en el documento nº 24, modifica la Exposición de Motivos y los artículos 15, 16, 31, 37, 38 y 40.

Añade un nuevo anexo, 8, (Módulos y bases de compensación económica). Desaparece la compensación económica por asuntos fallidos.

UNDÉCIMO.- El Documento número 25 es la respuesta al informe de control económico y normativo en relación al proyecto de decreto de asistencia jurídica gratuita. En el punto número 4 de este informe (Folio 460 del expediente administrativo) se afirma:

“Con carácter previo, en relación a la condición de subvención o no de los abonos realizados a los colegios de abogados para su entrega a los efectivos prestadores de la actividad (los profesionales de la abogacía y procuraduría), el departamento de justicia y administración pública no hace sino seguir el criterio general de todas las administraciones de justicia

(Ministerio y CCAA con competencias transferidas en la materia), que es el de la consideración como actividad subvencionable.

No se pone en duda la opinión más fundada de la oficina de control económico de los criterios por los que podría estar incluida bajo otro régimen en aras a una mayor corrección jurídico-económica (ya manifestada en 2007 en informe citado por dicha oficina), pero respetuosamente entendemos que la paralización del sistema sería de consecuencias fatales para la ciudadanía, por lo que el nuevo decreto y las modificaciones que tras este informe se realizarán sobre el mismo intentarán paliar los defectos señalados manteniendo el régimen de subvención en lugar de otras fórmulas planteadas como el contrato de prestación de servicios públicos.

Sin duda, siendo los prestadores de la actividad subvencionable los profesionales y no los colegios profesionales, (que se limitan a organizar los turnos y el servicio de orientación jurídica), parece razonable el planteamiento efectuado por la oficina, pero las complejidades de una relación directa con dichos profesionales para el abono del turno de oficio y asistencias realizadas dentro del sistema actual requiere de una planificación y desarrollo tan compleja que sería más operativo un nuevo sistema, situación imposible de plantear en la actual coyuntura y menos aún casi dos años y medio de negociación con los colegios de abogados, que cuando se les planteó como hipótesis de trabajo se catalogó como “línea roja infranqueable su mera mención y agresión al colectivo.”, motivo por el que se retiró siquiera como hipótesis.”

No aclara el informe cómo se pretendía sostener jurídicamente la “compensación por asuntos fallidos” que se planteaba cuando, como se afirmaba, “*no existe amparo legal para cobrar*”. (Folio 242 del expediente administrativo).

De nuevo la administración actuante utiliza como argumento justificativo de su actuación frases entrecorilladas que pone en boca de terceros sin soporte documental alguno.

Lo que sí hace el departamento es reconocer que se ha obviado un debate necesario sobre la naturaleza de los abonos que se plantean realizar a los colegios de abogados y que si ello no se aborda es debido a la premura con que se plantea la aprobación del Decreto.

La consecuencia de todo lo anterior es que la falta de previsión y de estudio realizado por el

departamento llevan a tener que suprimir del proyecto de decreto cuestiones sobre las que se había enfatizado como son la compensación económica por asuntos fallidos y el mantenimiento de los módulos existentes en el año 2008 (a los que se aplica una rebaja del 7% en razón de la naturaleza subvencional que ahora se reconoce).

DUODÉCIMO.- El Documento número 27 es el informe complementario que emite la Oficina de Control Económico en el que se indica que puede continuarse con la tramitación del proyecto “*ello sin perjuicio de las consideraciones recogidas en el informe de esta oficina emitido con fecha 10 de febrero de 2012*”.

DECIMOTERCERO.- El Documento número 30 es el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y al parecer el borrador de decreto que se somete a su consideración es el que aparece contenido en el Documento número 31 y en el que se han modificado con respecto al Documento número 24 la Exposición de Motivos, los artículos 2, 14, 19, 20, 27, 35, 38, 45 y los anexos que quedan reducidos a seis.

El dictamen de la Comisión Jurídica Asesora señala como conclusión que “*se informa favorablemente al proyecto de norma con las observaciones que figuran en el cuerpo del dictamen*”.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. - JURIDICO PROCESALES

1.- Jurisdicción.

Es competente la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.- Competencia.

De conformidad a lo previsto en el artículo 10.1.b) de la Ley 29/1998, corresponde el conocimiento del asunto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al tratarse de una disposición general emanada del Gobierno Vasco.

3.- Legitimación.

Activa: la ostenta el Consejo Vasco de la Abogacía en su condición de titular de un interés legítimo al afectar el decreto impugnado al ámbito de sus competencias y funciones y por haber sido parte en el expediente administrativo.

Pasiva: la Administración demandada como autora de la disposición general que se recurre.

4.- Objeto del Recurso.

Constituye el objeto del presente recurso el examen de la conformidad a derecho del Decreto 110/2012, de 19 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de fecha 6 de julio de 2012, y en su caso la nulidad total o parcial del mismo.

II.- JURÍDICO-MATERIALES

A) NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL DECRETO 110/2012, DE 10 DE JUNIO.

1.- Consideraciones generales.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo viene declarando que para que un Reglamento pueda ser aprobado válidamente, es necesario que la Administración que ejerza la potestad reglamentaria observe, previamente a la aprobación de la norma, todos los trámites que la ley reguladora del procedimiento de elaboración establezca.

En esta demanda, el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia sostiene que el Decreto 110/2012, de 19 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOPV nº 132, de 6 de julio de 2012) es nulo de pleno derecho.

La nulidad deriva de la vulneración en los términos que más adelante se expondrán de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, que regula el Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La competencia autonómica para establecer el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es indiscutible. Hunde sus raíces en los artículos 105.a) y 24 CE, en el Estatuto de Autonomía (artículos 10.2 y 10.6) y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC de 26 de enero 1989) que reconoce sin ningún género de dudas que el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general es un procedimiento especial respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trata del procedimiento de elaboración de sus propias normas de carácter general.

En consecuencia, las normas procedimentales especiales a las que nos referimos y que rigen en la Comunidad Autónoma del País Vasco son las contenidas en la Ley 8/2003, ley que constituye el parámetro de enjuiciamiento de la actividad desplegada por el Gobierno Vasco en el procedimiento de elaboración del Decreto objeto de impugnación.

Se solicita la nulidad del Decreto por la existencia de irregularidades formales en el procedimiento de su elaboración que devienen sustantivas y trascendentes por contradecir trámites esenciales dispuestos en la Ley 8/2003.

Estas irregularidades sintéticamente son las que a continuación se mencionan y que serán objeto de un análisis más detenido en las siguientes páginas de esta demanda.

- Vulneración sistemática de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre.
- Actos de trámite que no están suficientemente justificados en el expediente administrativo. Documentos sin fecha, sin firma o membrete (o sin las tres cosas) que carecen de los requisitos de forma necesarios para su validez.

- Inexistencia de la fase “INICIAL” (preparación) del procedimiento previsto en la Ley 8/2003. Particularmente: Inexistencia de las memorias iniciales, tanto la denominada “Justificativa” como la “Económica”.
- Inexistencia de la justificación de la necesidad y oportunidad de la norma.
- Insuficiencia de base documental para el trámite de audiencia y para la emisión de los informes preceptivos.
- Falta de motivación de la regulación que se adopta ejercitando arbitrariamente la potestad reglamentaria.

2.- Nulidad de Pleno Derecho.

En esta demanda se justifica que el apartamiento del expediente administrativo de las previsiones contenidas en la Ley 8/2003, constituye un vicio que conlleva la invalidez del Decreto recurrido, globalmente considerado, de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia.

Desde la entrada en vigor de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en cuyo artículo 24 se reguló con carácter general el procedimiento de elaboración de los reglamentos por la Administración General del Estado, y de otras leyes autonómicas de similar naturaleza, puede afirmarse que el tratamiento judicial de las consecuencias asociadas a la vulneración de las previsiones contenidas en estas normas de procedimiento es sumamente ponderado y casuístico.

El Tribunal Supremo ha señalado, reiteradamente, la pertinencia de una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de las disposiciones generales, que se justifican, no por el puro formalismo de su realización, sino por la finalidad a la que responden, de forma que sólo cuando nos hallemos ante una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende la exigencia del trámite omitido, procederá la declaración de invalidez de la norma.

En todo caso y sin perjuicio de la virtualidad propia del planteamiento general formulado en el párrafo anterior, no puede dejar de añadirse que en los últimos años es perceptible un mayor rigor por parte de

los órganos judiciales -y, en particular por algunos Tribunales Superiores de Justicia y el propio Tribunal Supremo- en la exigencia, so pena de invalidez, de un estricto cumplimiento de las normas procedimentales de elaboración, exigencia que se vuelve particularmente intensa cuando se ejercitan potestades discrecionales, en las que la administración goza de un amplio margen de actuación, y en los que podría añadirse, el contrapeso procedimental parece especialmente necesario.

El Tribunal Supremo en su temprana sentencia de 13-11-2000 (FJ 4), dice que:

“El procedimiento de elaboración de los Reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 CE y regulado con carácter general en el artículo 24 CE y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter ad solemnitatem, de modo que, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía “ad extra”, en la que se inscriben tanto la audiencia a los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, prevista en el artículo 21.1.c) LG, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; otra, de garantía interna encaminada a asegurar no solo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) LG.”

Y seguidamente añade:

“Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación por la que se hace explícita las razones de la ordenación es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso la razonabilidad, al menos como marco o límite extenso a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria”.

El fundamento de derecho citado condensa de forma muy precisa la naturaleza del procedimiento de elaboración de los Reglamentos, sus requisitos y exigencias. La sentencia 13-11-2000, repetida de forma sistemática en muchas otras posteriores, nos ofrece las pautas esenciales para considerar que en el trámite de elaboración del Decreto 110/2012, de 19 de junio, se ha vulnerado el procedimiento, con inobservancias trascendentes, de la ley reguladora a la que estaba sometido (8/2003).

Concurren, como justificaremos, una suma de irregularidades invalidantes que bien singularmente consideradas o desde luego todas ellas conjuntamente, contienen la trascendencia que la jurisprudencia exige para apreciar el vicio de invalidez de la norma en cuestión.

3.- Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General: Ley 8/2003.

Ley 8/2003, de 22 de diciembre que establece, como decimos, el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general divide el procedimiento en tres fases:

- Iniciación.
- Instrucción.
- Aprobación (e integración de la eficacia).

Dispone el artículo 4 de la Ley:

“El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se iniciará por orden del Consejero o Consejera titular del Departamento competente por razón de la materia sobre la que versen.”

El artículo 5 de la Ley (Orden de iniciación) establece:

“La orden de iniciación expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, y contendrá una estimación sobre su viabilidad jurídica y material; sus repercusiones en el ordenamiento jurídico, con indicación de las normas vigentes sobre el mismo objeto que resulten modificadas de forma explícita o implícita, y la incidencia en los presupuestos de las Administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y, en su caso, en el sector de actividad de que se

trate. Asimismo, señalará los trámites e informes que se estimen procedentes en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta, y, en su caso, si la disposición ha de ser objeto de algún trámite ante la Unión Europea.”

La Orden de iniciación, en consecuencia a lo expuesto, debe expresar por imperativo legal:

- El objeto y finalidad de la norma.
- Una estimación sobre su viabilidad jurídica y material.
- Sus repercusiones en el ordenamiento jurídico.
- La incidencia:
 - En los presupuestos de todas las administraciones públicas afectadas.
 - En la materia concernida.
 - En el sector de actividad de que se trate.

(Llamamos la atención sobre que la Ley utiliza el adverbio “sucintamente” para referirse al objeto y finalidad de la norma, no para el resto de las exigencias).

La fase de iniciación del procedimiento es considerada por la Ley 8/2003 como un trámite esencial.

La Exposición de Motivos de la Ley señala:

“La libertad de configuración del legislador no significa, como ya se ha dicho, que carezca de límites, ni que el legislador pueda ampararse en el puro decisionismo: ha de fundamentar su voluntad en razones objetivas y no ha de incurrir en arbitrariedad.”

Y más adelante la Exposición de Motivos dice:

“La decisión de iniciar la elaboración de las normas no se concibe como una mera formalidad, sino como un acto de gran trascendencia jurídica y política que ha de basarse en una mínima reflexión sobre la necesidad y viabilidad de aquéllas.”

Y añade:

“Por eso, se exige que tenga en cuenta los condicionamientos de toda clase (estudios,

informes, audiencias, consultas, negociaciones, etc.) que puedan incidir en la fijación de su contenido, y una estimación del coste y eficacia de su puesta en vigor no sólo en relación con las Administraciones públicas, sino, también, para los ciudadanos y la economía en general.

En otras palabras, la Ley está hablando de lo que se conoce también como el juicio de oportunidad y el juicio de adecuación.

Insistimos en lo fundamental: la Exposición de Motivos de la Ley 8/2003 hace especial mención a que la decisión de iniciar la elaboración de las normas no se concibe como una mera formalidad sino como un acto de gran trascendencia, un trámite esencial.

4.- Acuerdo del Gobierno Vasco de 9-2-2010.

Para contrastar el alcance y contenido de lo previsto en la Ley 8/2003, para esta fase inicial del procedimiento, nos fijaremos en un dato significativo que refleja la interpretación que sostiene al respecto, de forma incontestable, la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Es el propio Departamento que promueve el Decreto que aquí se impugna el que propicia el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de Febrero de 2010, por el que se aprueban instrucciones de tramitación en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Acuerdo en el que se incluye como Anexo y como marco de referencia común para la elaboración y tramitación de las normas objeto de su ámbito, el documento denominado “Modelo de Tramitación de las disposiciones de carácter general con rango de Decreto”. (Se adjunta el referido Acuerdo, con su Modelo de Tramitación anexo, como Documentos nº 1 y 2 de esta demanda).

Es, como decimos, el propio Gobierno Vasco por impulso del Departamento de Justicia y Administración Pública, quien está ofreciendo las pistas fundamentales para interpretar la trascendencia que tiene la cumplimentación completa de la fase de iniciación del procedimiento prevista en la Ley 8/2003.

Así en el punto 3-4 del “Modelo de Tramitación” anteriormente referido se dice con respecto a la memoria del proyecto de Decreto:

“Con carácter general, la calidad de los análisis que se realizan al elaborar una propuesta normativa influye en la calidad de la propia norma en términos de eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos.”

En el segundo párrafo se dice:

“La Ley 8/2003 es una muestra de la importancia que se atribuye al reflejar en el expediente de tramitación de una disposición de carácter general todas las incidencias que sobre el mismo surjan y a dejar constancia de las motivaciones que han llevado a adoptar una regulación respecto a otras opciones, igualmente válidas”.

En el punto 3-4 añade:

“A tal efecto, la Ley 8/2003, complementada por otras leyes sectoriales, establece la obligación de acompañar las propuestas normativas con tres tipos de memorias: la memoria sobre su necesidad y oportunidad (más conocida como memoria justificativa), la memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar la nueva norma y la memoria o informe sobre el impacto por razón de género.”

El documento a que nos referimos (Modelo de Tramitación), se refiere en su punto 4 (Tramitación) a la fase de iniciación prevista en los artículos 4 y 5 de la Ley 8/2003.

Señala este documento, entre otras cosas que:

“La aprobación de la orden de inicio constituye, a su vez, el punto de partida de la fase de instrucción (sección 2ª L 8/2003) que supone acometer la redacción del proyecto normativo “...atendiendo al contenido de la orden de iniciación, teniendo en cuenta las opciones de regulación que mejor se acomoden a los objetivos perseguidos y, al resultado de las consultas que se estimen convenientes para garantizar el acierto y legalidad de la regulación prevista.”

“Estas previsiones de la Ley 8/2003, por sí solas refuerzan la necesidad de un análisis de reflexión profundo previo a abordar la redacción de la norma que, se refuerza en cuanto se faculta al instructor para que pueda despejar cualquier extremo que no haya quedado

suficientemente analizado: en el curso de su elaboración se efectuarán los estudios e informes que sean precisos y, en particular, los relativos a la factibilidad de las normas y a su coste”.

5.- Contraste entre el Procedimiento seguido y el Procedimiento debido.

¿Se ciñe la orden de iniciación al modelo de tramitación aprobado por el Consejo de Gobierno y por ende a la Ley 8/2003? ¿Resulta acorde la orden de iniciación con lo que la Ley 8/2003 denomina un acto de gran trascendencia jurídica y política?

Todo el trámite de iniciación a que nos estamos refiriendo y que es como hablar de los cimientos del edificio, aparece recogido en un folio, sin fecha ni firma, y con membrete del Departamento de Hacienda y Administración Pública (un departamento inexistente).

Este documento que obligadamente ha de ser el original o una copia autenticada del que obra en el expediente administrativo, por imperativo del artículo 48.4 la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuya validez más tarde nos referiremos, resulta un esperpento difícil de clasificar y más de homologar con el contenido obligado que debe recoger la orden de inicio del procedimiento.

El documento de autor anónimo que pasa en el expediente administrativo por ser la orden de iniciación, afirma por toda justificación lo siguiente:

“El trabajo conjunto de las comisiones de asistencia jurídica gratuita de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa y de los Colegios de Abogados y Procuradores radicados en el País Vasco, y la experiencia adquirida en este periodo aconsejan abordar diversas cuestiones que vienen motivadas, principalmente, por la promulgación de nuevas normas que inciden en esta materia.

Por razones de técnica legislativa y para evitar la dispersión normativa, se ha optado por elaborar un nuevo texto que deroga la anterior.”

¿Puede considerarse lo expuesto lo que la ley denomina la estimación sobre la viabilidad jurídica y material, y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico y la incidencia en los presupuestos de las administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y, en su caso, en el sector de la

actividad de que se trate?.

Lo que el expediente administrativo acredita es lisa y llanamente que la administración ha omitido la fase del procedimiento denominada "Inicio" en su integridad.

La "Orden de iniciación", en el supuesto de que pudiera ser considerado su soporte un documento válido a los efectos de inicio del procedimiento, ofrece una imagen de descuido y ligereza o, más aún, constituye la expresión misma de lo que la Ley 8/2003 descalifica como una mera formalidad sin trascendencia o una mínima reflexión sobre su oportunidad.

La omisión del procedimiento o en el mejor de los casos, su defectuoso cumplimiento, se traduce en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que atiende su exigencia dado que, como decimos, es la propia Ley la que califica la fase de inicio como de gran trascendencia jurídica y lo que conlleva esa inobservancia que no es otra que la nulidad de la disposición.

La inexistencia de la fase inicial del procedimiento tiene a su vez incidencia en dos vertientes consideradas sustanciales por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: en la garantía de acierto y en la motivación de la norma.

No es lo mismo empezar la casa por el tejado que hacerlo por los cimientos. Un edificio puede terminar sosteniéndose, mal que bien, si se construye obviando todas las normas técnicas que rigen el proceso constructivo. Pero difícilmente coincidirá con el mejor edificio posible. Si el procedimiento no se sigue, tal y como las normas que lo regulan establecen y se ignora en aquellos extremos que tienen la cualificación de "gran trascendencia jurídica" el resultado que se obtenga carecerá de la garantía de acierto que el cumplimiento de las normas procesales comporta.

6.- Inexistencia de antecedentes.

En el expediente administrativo no existe documento alguno que recoja los antecedentes o explique con un mínimo rigor los razonamientos que han llevado al Gobierno Vasco a aprobar el Decreto.

- a. Faltan los antecedentes, borradores e informes que se mencionan en el "documento de respuesta a las alegaciones". (Doc.14)

b. No hay memoria inicial, ni memoria económica (inicial).

Como decimos, en el expediente administrativo no se refleja ningún antecedente ningún borrador o informe que hubiera sido tenido en cuenta a la hora de elaborar el borrador de decreto.

Sin embargo, el instructor del expediente en diversos documentos posteriores al trámite de alegaciones, se dedica a justificar los antecedentes, a explicarlos y a dar su versión sobre hechos que no constan en el expediente administrativo.

En el escrito de respuesta a las alegaciones del Consejo Vasco de la Abogacía (Folio 238 del expediente administrativo), en el documento que hemos calificado como anónimo sin fecha firma ni membrete que lo pueda identificar, se vierten una serie de afirmaciones en relación a supuestos borradores, reuniones y acuerdos que, como decimos, se hallan al margen del expediente sin que ninguno de los que intervienen en el procedimiento pueda refutar lo que allí se dice.

La no aportación de los documentos, borradores y elementos de juicio impiden que todos los participantes en el procedimiento, incluido el propio Consejo de Gobierno puedan formarse su propia opinión basándose en elementos objetivos y no en valoraciones unilaterales.

7.- Inexistencia o Insuficiencia de las memorias.

La Ley 8/2003 y el propio Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco de 9 de febrero de 2010, nos están hablando de diversas memorias en esta fase inicial:

- La memoria sobre la necesidad y oportunidad (más conocida como memoria justificativa).
- La memoria económica.
- La memoria o informe sobre el impacto por razón de género.

La jurisprudencia, como tendremos ocasión de ver, exige que en el procedimiento de elaboración de los reglamentos las administraciones deben de observar todos los trámites empezando como condición *sine qua non* del ejercicio de la potestad reglamentaria, por el cumplimiento de los actos preparatorios tendentes a garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad del proyecto de la

disposición de que se trate, de modo que es esencial que consten explícitamente en el expediente administrativo cuantos informes, dictámenes o documentos sean de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma, resaltando así la exigencia de lo establecido en la Ley.

7.a) Memoria Inicial y Memoria Final.

La Ley 8/2003 exige en el procedimiento dos memorias: una inicial y otra final. La memoria inicial no existe y la final (Art. 10 L 8/2003), es un documento sin firma fechado el 19 de diciembre de 2011 que en modo alguno recoge todo el procedimiento y las modificaciones realizadas en el texto del proyecto. A esta memoria “final” dedicaremos más tarde un comentario.

La memoria inicial es la motivación de la norma. Tiene que justificar la oportunidad y la necesidad de su aprobación.

La memoria inicial no está concebida en la Ley 8/2003 como un mero documento formal o anodino con la mera intención de dar cumplimiento rituario al trámite legal, sino que ha de encerrar el contenido material querido por la norma que no es otra, insistimos, que la motivación de la oportunidad, la necesidad y la legalidad del proyecto.

El dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, señala al respecto (Folio 62 del expediente administrativo):

“(…) se echa en falta en el expediente una explicación suficiente y detallada, a modo de memoria justificativa del proyecto, más allá de la breve explicación que se traslada a la parte expositiva del proyecto -circunscrita a la necesidad del dictado de la norma y el resumen de sus principales innovaciones--“.

Y continúa:

“Esta memoria ha de estar encaminada a explicar las opciones adoptadas a la hora de regular determinados aspectos básicos de la regulación, como la adopción de un determinado modelo de tramitación procedimental, la falta de necesidad de prever normas procedimentales específicas para determinados procesos -enjuiciamiento rápido de delitos, y a los de violencia de género- y otros que se ponen de manifiesto en el análisis del contenido del proyecto que se

efectúa en este dictamen.”

La Exposición de Motivos de la norma no es la memoria ni puede en modo alguno sustituirla. Menos aún cuando justifica la necesidad y oportunidad del Decreto en los términos a los que luego nos referiremos.

7.b) Memoria Económica (Inicial).

La Ley 8/2003, indica que la orden de iniciación debe contener una estimación de la incidencia de la norma en los presupuestos de las administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y en el sector de la actividad de que se trate.

No hay duda de que el proyecto de Decreto tiene incidencia económica, (un capítulo, el VI, dedicado a lo que denomina “Compensación Económica”) particularmente en lo que concierne a la financiación de la justicia gratuita, pero no tan solo desde la perspectiva presupuestaria, sino desde la de su sostenibilidad en el tiempo, la financiación de los colegios profesionales, y de los propios Abogados y Procuradores. No hay que olvidar que la norma establece un sistema de abono de los gastos de funcionamiento diferente al hasta entonces existente. Se modifican los criterios de compensación económica a los colegios profesionales de abogados por el turno de guardia y en fin, se acaba introduciendo un Anexo VI con módulos y bases de compensación económica.

Mencionaremos en este punto las observaciones formuladas por la Oficina de Control Económico al proyecto de Decreto y la inexistencia de un análisis mínimo sobre la viabilidad de las propuestas económicas que se pretenden sostener en el proyecto de Decreto.

En el “documento” nº 14, sin fecha ni firma ni membrete, se afirma que la reforma tiene un evidente contenido económico. Y textualmente se apunta:

“La reforma pretendida también tiene un contenido económico, contenido que no sólo no se oculta en el texto del Decreto sino que debe ser puesto de relieve por la obligación de las administraciones públicas y de los colectivos e instituciones que perciben fondos públicos de dar a estos el destino correcto al modo más eficaz y eficiente posible”. (Folio 239 del expediente administrativo).

Ese “contenido económico” se desprecia en el expediente, sin que exista un atisbo de memoria económica (inicial) que pudiera cumplir mínimamente con las exigencias establecidas por la ley.

Evidentemente no es la memoria que aquí se reclama la que aparece en Folio 327 del expediente administrativo que sin fecha ni firma pretende cumplir las exigencias contenidas en el artículo 10.3 Ley 8/2003.

8.- Omisión trámite: Irregularidad invalidante. Jurisprudencia.

La más reciente jurisprudencia viene considerando que la omisión de los trámites que estamos refiriendo constituye una irregularidad invalidante o lo que es lo mismo, la nulidad de pleno derecho de la disposición en cuestión.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de precisar la finalidad de estos documentos. Así, respecto de la memoria económica, ha señalado que se dirige a:

“Proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas pueden suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellos han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos, que la aprobación del reglamento ha de significar.”

El estudio económico ha de reflejar igualmente las repercusiones que en función del coste-beneficio se derivan del mismo, que no pueden limitarse tan solo al hecho de decir que no comportan coste alguno, dada las repercusiones económicas que evidentemente tiene el decreto impugnado sobre los colegios profesionales y la actividad de los abogados que intervienen en los procedimientos de asistencia jurídica gratuita. Un estudio económico previo hubiera permitido analizar, por ejemplo, la viabilidad de lo que el artículo 40 del borrador denominaba “*Compensación Económica por asuntos fallidos*” que a la postre fue eliminado en virtud de “Oficina de Control Económico” pero que podía haber sido planteado con otras alternativas de haber sido estudiado con el debido rigor con carácter previo al trámite de alegaciones.

En cuanto a la memoria justificativa, el Tribunal Supremo ha manifestado que:

“Pone de relieve estos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992.”

Estas frases están transcritas de la Sentencia 27-11-2006, AR 492/2007 y en el mismo sentido, entre otras, la sentencia de 13-05-2009, AR 5310.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 27-11-2006 (AR 492/2007) anula la Disposición Adicional Única del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, por la que se traslada de Madrid a Barcelona la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y lo hace por considerar que la memoria justificativa obrante en el expediente -esto es, el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto- no contenía elementos de los que pudiera desprenderse como lógica consecuencia, la necesidad de la decisión articulada mediante aquélla.

Adicionalmente, señalaremos algunas sentencias que abordan cuestiones como las que se plantean en la presente demanda y se desarrollan en los fundamentos de derecho que se transcriben.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia 15 de diciembre de 2010, rec.2287/2008 (La Ley 213956/2010) señala:

Fundamento de Derecho Segundo:

“En concreto, las irregularidades e insuficiencias -algunas de ellas advertidas también en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora al que la sentencia hace referencia y transcribe en parte- determinantes de la anulación del Decreto 389/2004 fueron las siguientes:

A) “[...] Falta en el expediente administrativo, expresión documental del proceso de elaboración de la disposición que se revisa, toda acreditación, mediante los pertinentes estudios e informes técnicos, de los hechos determinantes que presuntamente están en el origen y justifican la nueva regulación, a saber, el estado de las reservas de “corall vermell” en el litoral catalán.” En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia se detallan estas omisiones, así como la

extemporánea aportación al proceso de un informe técnico sobre las poblaciones de coral rojo cuyas recomendaciones, por lo demás, la Sala considera no han sido seguidas en el Decreto impugnado.

B) “Se añade a lo antedicho, la inexistencia de todo informe que encuadre el contenido de la disposición con las características económicas de la actividad que se regula, y la ausencia de respuesta a las alegaciones formuladas en el expediente”. En concreto, la Sala afirma la insuficiencia del estudio económico previo, exigido en el artículo 63.2 de la Ley catalana 13/1989, y subraya que no existe “ni en el expediente ni en la propia disposición” justificación alguna para: a) De la prohibición de simultanear la actividad de coralero con cualquier otra actividad pesquera o marisquera (art. 2.2); b) Del peso máximo contemplado de las extracciones anuales por coralero y del diámetro de los corales extraíbles (art. 8), con modificación de las previsiones contenidas al respecto en el Derogado Decret 291/83, de 30 de junio, arts. 5.2 y 6.b; c) De la división del litoral catalán en dos zonas (art. 10); y de) En fin, del motivo de la limitación del número de autorizaciones, precisamente a doce, y divididas a razón de 10 para la primera zona (de Francia a Roses), y 2 para la segunda zona (de L’Escala a Begur). Por lo demás, la previsión del art. 6.1 a), transcrito en el FJ 2º de esta sentencia, a cuyo tenor literal, una sanción administrativa firme, por ejemplo, en materia de tráfico, puede impedir el acceso a una autorización para la actividad de coralero, resulta particularmente carente de justificación.”

Más adelante, en el fundamento jurídico quinto, la sentencia dice:

“La interpretación de aquel inciso corresponde a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en la ahora impugnada transcribe fragmentos de sentencias suyas anteriores. Repite a este respecto el tribunal de instancia su tesis adversa a la alegación según la cual el “estudio económico en términos de coste-beneficio” previsto en el artículo 63.2 de la Ley 13/1989 “[...] debe referirse únicamente al coste para la Administración de las determinaciones de la norma [...]”. Se remite a lo expuesto en su sentencia de 14 de enero de 2005, resolutoria del recurso número 146/2002, en la que había sostenido, por el contrario, que era “necesario que la Administración demandada dispusiera antes de su aprobación de datos esenciales para valorar el alcance de la nueva regulación, con la finalidad de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad del futuro acto normativo” y que “la memoria prevista en el reiterado art. 63.2 de la Llei 13/89, de 14 de diciembre, debe ser justificativa y no meramente explicativa”.

Y señala, por último, en el fundamento jurídico sexto:

“En el caso de autos considera la Administración de la Generalidad que “no ha prescindido del procedimiento establecido en la ley (no ha hecho omisión de trámite procedimental alguno, como se ha justificado) ni, en el negado supuesto de que se pudiera apreciar algún tipo de incumplimiento que este sea de una envergadura tal que haya de determinar la grave consecuencia jurídica de la nulidad”. A cuyo efecto aduce la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala de octubre de 1999 (LA LEY 872/2000), dictada en el recurso de casación número 6929/1995.

Es cierto que no todo defecto u omisión en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales debe provocar la nulidad de éstas. Son numerosas las sentencias en que se declara que la inobservancia de algún trámite en aquel procedimiento no debe llevar aparejada la nulidad del reglamento finalmente aprobado. Pero son también numerosas las que, ante incumplimientos cualificados, no dudan en aplicar el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 para declarar la nulidad de pleno derecho de la disposición general. Concretamente, así sucedió en el caso del recurso 51/2005, resuelto por sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de enero de 2006. Ante un Real Decreto en el que tanto la memoria económica como la memoria justificativa eran claramente insuficientes, se declaró su nulidad.

En el caso de autos, partiendo de las premisas establecidas por el tribunal de instancia al analizar el expediente de elaboración del Decreto 389/2004, su conclusión anulatoria es conforme al artículo 62..2 de la Ley 30/1992. La inobservancia del artículo 63 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1989 que apreció la Sala se extendió a elementos esenciales de procedimiento de elaboración de aquel Decreto, hasta el punto de que faltaba, en palabras del tribunal de instancia, “toda acreditación, mediante los pertinentes estudios e informes técnicos, de los hechos determinantes que presuntamente están en el origen y justifican la nueva regulación.” Apreció asimismo la Sala sentenciadora “la inexistencia de todo informe que encuadre el contenido de la disposición con las características económicas de la actividad que se regula, y la ausencia de respuesta a las alegaciones formuladas en el expediente.” Y en la parte final del fundamento jurídico octavo, antes transcrita, subrayó la falta de justificación de elementos esenciales del nuevo régimen reglamentario de pesca del coral rojo. Consideraciones todas ellas que respetamos en casación y sobre cuya base hemos de

resolver el primer motivo.

Se trataba, pues, de unos incumplimientos cualificados de las normas procedimentales que tienden a asegurar el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria. Si el contenido de las memorias económica y justificativa existentes en el expediente de elaboración revela, como sucede en el caso de autos a juicio del tribunal de instancia, que ambos documentos contienen omisiones tales que en realidad no se ajustan a su finalidad propia, pues no explican o justifican sus determinaciones ni valoran en términos económicos el contenido de la propuesta, bien cabe afirmar que el defecto es trascendente y puede generar, por sí mismo, la nulidad del Reglamento aprobado.”

Particularmente significativa es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 12 de marzo de 2009, rec. 658/2006 (LA LEY 172633/2009).

Fundamento de derecho tercero:

“Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1998, “para que un reglamento pueda ser aprobado válidamente, es necesario que la Administración que ejerza la potestad reglamentaria observe, previamente a la aprobación de la norma todos los trámites que la ley reguladora del procedimiento de elaboración establezca. En el procedimiento de elaboración de los reglamentos, la Administración debe observar todos los trámites, empezando, como condición “sine qua non” del ejercicio válido de la potestad reglamentaria, por la observancia de los actos preparatorios que miran a garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad del proyecto de la disposición de que se trate: es esencial que conste explícitamente en el expediente administrativo cuantos informes, dictámenes o documentos sean de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma. En este esencial requisito ha venido la doctrina científica poniendo el acento, resaltando así la exigencia de la Ley. El interés público exige que no se formulen propuestas de disposiciones sin acompañar al proyecto correspondiente aquellos datos esenciales; además de esa exigencia legal resulta indispensable desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo ejercicio, invocando el Derecho y por imperio de éste (control de la legalidad del ejercicio de las potestades administrativas), se revisa el hacer administrativo total: no cabe que la Administración sustraiga trámites ni elementos esenciales en la elaboración de las

disposiciones, porque ello puede determinar la declaración de nulidad de la norma reglamentaria”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de noviembre de 2000, dice que “el procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 CE y regulado con carácter general en el artículo 24 CE, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Su observancia tiene, por tanto, un carácter “ad solemnitatem”, de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía “ad extra”, en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1.c) LG, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; otra de garantía interna encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) LG”. Y seguidamente añade: “Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria.”

Fundamento de derecho quinto:

“Como se colige a partir del expediente, la propuesta o borrador de resolución no vino acompañado de un documento de entidad suficiente para ser calificado como memoria, ya que resulta patente la escasa justificación que, acerca de la oportunidad y adecuación de las medidas propuestas a los fines perseguidos, se contiene en el documento obrante al folio 8 del

expediente, tal y como se denunció por la Secretaría General del Departament de Comerç, Turisme i Consum (folios 169 y 170). Como resulta de su tenor literal, no se hace mención alguna al marco normativo en el que la propuesta se inserta, razona lacónicamente su oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, tampoco valoró la perspectiva de igualdad de género ni hizo referencia a las consultas que pueden haberse formulado y a otros datos de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma, como establece el artículo 63 de la Ley 83/1989.

La Administración demandada invoca en su contestación que, con posterioridad, se integró la breve memoria o justificación, subsanándose la insuficiencia del informe obrante a los folios 178 a 180 del expediente.

Sin embargo, en el momento de concluirse el proyecto y someterse a la audiencia de las entidades interesadas, la propuesta de disposición general carecía de una verdadera memoria justificativa, sin que la falta de este documento esencial pueda ser subsanada con posterioridad.

La importancia de esta memoria, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Supremo, radica en que “una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aún así la motivación, por la que se hace explícita las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, ya que incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite extremo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria.”

Fundamento jurídico sexto:

“Respecto del informe económico acompañado junto con el borrador de Decreto, en el mismo solo se alude a la ausencia de repercusión económica alguna suplementaria a los gastos de la Agencia Catalana de Consumo, sin ni siquiera referir si las medidas establecidas en el proyecto de Decreto, en el mismo implicarían alguna especie de gastos en las empresas y profesionales a los que iba destinada la norma.

El denominado estudio económico no refleja, en modo alguno, las repercusiones que en función del coste-beneficio se derivan del mismo, que no pueden limitarse tan sólo al hecho de decir que no comporta coste alguno, dada las repercusiones económicas que evidentemente tiene el Decreto aquí impugnado sobre determinados profesionales de la representación de los particulares en el seno de procedimientos administrativos sancionadores.

Al igual que hemos razonado en cuanto a la invocada subsanación de la insuficiencia a posteriori, como alega la Administración, esta debe rechazarse, ya que el informe económico se debe acompañar al borrador sometido, como en este caso, al trámite de audiencia.”

Fundamento jurídico séptimo:

“Derivado de los razonamientos expuestos, se debe concluir que, en el expediente administrativo aquí examinado, se cubrió solo en apariencia el trámite procedimental, pero realmente no se justificó en la disposición de carácter general impugnada, que tiene una repercusión económica en ciertas empresas y profesionales de la mediación administrativa, ni la oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, ni existe un verdadero estudio económico, como el juicio de legalidad de una norma reglamentaria exige, con el objeto de comprobar que constituye una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria conforme al interés general perseguido y no a una manifestación de arbitrariedad, proscrita a los poderes públicos por el artículo 9.3 de la Constitución.”

9.- La aprobación previa y el cumplimiento del trámite previsto en la Ley 8/2003.

El artículo 6 de la Ley 8/2003 contiene las reglas y criterios de elaboración para la redacción de las disposiciones de carácter general antes de su aprobación previa. Para ello, el artículo 6 establece que:

“La redacción de las disposiciones de carácter general se realizará atendiendo al contenido de la orden de iniciación, teniendo en cuenta las opciones de regulación que mejor se acomoden a los objetivos perseguidos y al resultado de las consultas que se estimen convenientes para garantizar el acierto y legalidad de la regulación prevista.”

Se añade en el punto segundo de este artículo 6 que:

“En el curso de su elaboración se efectuarán los estudios e informes que sean precisos y, en particular, los relativos a la factibilidad de las normas y su coste.”

Volvamos al Expediente Administrativo. Hemos dicho que la orden de iniciación es un folio sin fecha ni firma que se corresponde con el membrete de un Departamento inexistente (el de Hacienda y Administración Pública).

La Comisión Jurídica Asesora en su dictamen afirma que la fecha de la orden es de 16 de febrero de 2011.

Igualmente, la Comisión Jurídica Asesora señala que la orden de aprobación (documento nº 2 del expediente administrativo) también sin fecha ni firma, dice que es de 11 de marzo.

Entre la orden de iniciación y la orden de aprobación media un plazo poco mayor que los veinte días. Una vez más, la premura con que se aprueban estos documentos y el margen temporal entre uno y otro nos indican una vez más que estamos ante un puro trámite formal, una caricatura de lo que la ley establece para la fase de inicio y de aprobación.

Volvamos al acuerdo aprobado por el Consejo de Gobierno, en 2010, anteriormente mencionado. El Modelo de Tramitación dice a este respecto (Apartado 4. de Tramitación; Trámites previos a la instrucción; página 9 de 43 del Documento nº 2 de esta demanda):

“Así, el esquema de la Ley, además de dejar patente esta necesidad de conocer la materia objeto de regulación en profundidad, permite desechar la idea de que la orden de iniciación y el momento en que se aborda la redacción del borrador de Decreto, propiamente dicha, siendo sucesivos, se producen sin solución de continuidad. El marco legal, además de dejar constancia de la necesidad de esa reflexión madura que se exige en la orden de iniciación (expresión sucinta de los aspectos contenidos en el Artículo 5.1 L 8/2003) contempla en ese instante un refuerzo adicional en el conocimiento de lo que va a ser el objeto de la regulación y así (Artículo 6 L8/2003) intercala la necesidad de que estos contenidos de la Orden de Iniciación se complementen con el análisis de las opciones de regulación barajadas (a fin de discernir la que mejor se acomode en este momento inicial) y con la facultad de efectuar otras

consultas. Todos estos extremos, que deberán acometerse antes de la redacción del proyecto deberán quedar solventados antes de la aprobación previa en la que, por otra parte, deberán plasmarse.”

Entre la orden de iniciación y la orden de aprobación no existe un solo documento. Es indudable que una vez más en lo que concierne al trámite previsto en el artículo 6 de la Ley 8/2003 se ha incumplido de forma flagrante.

En el informe jurídico relativo al proyecto de Decreto de Asistencia Jurídica Gratuita (Folio 47 expediente administrativo) la Dirección de Servicios del Departamento de Justicia y Administración Pública indica que:

“La documentación que se acompaña para realizar el informe consta de la Orden de la Consejera de Justicia y Administración Pública que dispone el inicio del procedimiento de elaboración del nuevo Decreto de Asistencia Jurídica Gratuita y el borrador del proyecto de la nueva norma.”

Y en el punto 3 del informe denominado “Tramitación” dice:

“En la tramitación del expediente se han seguido las directrices contenidas en la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y se ha recabado informe de las instituciones que en razón de la normativa sectorial deben emitir informe sobre los proyectos de normas en la materia en cuestión.

Por otro lado se ha redactado el correspondiente informe de impacto en función del género que se ha remitido a Emakunde para posibilitar que por tal institución se redacte el preceptivo informe.”

Ciertamente, las conclusiones del informe de la Dirección de Servicios en lo que concierne a la tramitación resultan sorprendentes. Primero afirma en un informe sin firma pero fechado el 27-07-2011 que “se ha redactado el correspondiente informe de impacto” y que el mismo “se ha remitido a Emakunde”. Afirmación ciertamente arriesgada en la medida en que el informe que figura en la página 161 remitido a Emakunde está fechado el 20-09-2011.

Como señalábamos, el informe de la Dirección de Servicios que se emite exclusivamente teniendo en cuenta la orden de inicio y el borrador de proyecto de la nueva norma alcanza la conclusión de que se han seguido las directrices contenidas en la Ley 8/2003 y que *“no se dan vicios en su redacción y fondo que hagan que el proyecto pueda incurrir en vicios de nulidad”*.

Este informe emitido por la propia asesoría jurídica del Departamento proponente resulta expresivo de la rutinaria facilidad con que se emiten este tipo de informes preceptivos, lo que a la postre no supone sino un incentivo que propicia la emisión masiva de normas reglamentarias, la precipitación y la aprobación apresurada, impidiendo la depuración de los numerosos defectos en los que todo texto no debidamente madurado incurre inevitablemente.

El que la asesoría jurídica del Departamento, junto con las observaciones que más tarde destacaremos, no ponga el acento en la inexistencia de una documentación imprescindible, supone que el informe preceptivo del departamento carece, en este punto, del rigor necesario al ignorar completamente el trámite obligado y el que el procedimiento efectuado no garantiza la adecuada valoración y ponderación de los distintos intereses públicos afectados por la nueva norma.

Supone, insistimos este tipo de informes “prêt-à-porter” en definitiva, una invitación a la unilateralidad y a la exclusiva consideración de la visión política y burocrática de los problemas, de tal suerte que con los evidentes escasos argumentos, como son los que se tienen en consideración, se somete al trámite de alegaciones a quienes son los potenciales destinatarios de la norma, privados de datos y elementos de juicio que resultan a la postre imprescindibles.

10.- Conclusión: Inexistencia de Motivación.

El proyecto de Decreto aprobado carece en el expediente de una motivación de las razones que justifican su necesidad y su oportunidad. Por toda justificación en la parte expositiva del proyecto de Decreto, (insistimos, algo que en modo alguno puede sustituir a la memoria inicial) se indica que han sido muchas y de gran trascendencia las transformaciones sociales, económicas, administrativas y judiciales operadas desde la promulgación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y del Decreto 210/1996, de 30 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita, que hacen necesario que se produzca una nueva regulación que *“solucione disfunciones que se han observado en estos años y avance una mejora de la eficacia y eficiencia del sistema”*.

Finaliza en el punto IV de la Exposición de Motivos algo que aparentemente pretende ser una justificación de la necesidad y oportunidad de la norma dado que señala:

“Urge la redacción de este nuevo Decreto de Justicia Gratuita en el País Vasco ante la regulación autonómica en otras comunidades y los trabajos preparatorios para la reforma de la Ley 1/1996”.

Esta justificación de las razones que motiva la necesidad y oportunidad de la norma resulta carente de todo rigor y razonabilidad.

El propio informe de la Dirección de Servicios del Departamento de Justicia y Administración Pública indica (a pesar de la benevolencia con que trata el incumplimiento flagrante del procedimiento) lo siguiente (Folio 49 del expediente administrativo):

“Por lo que respecta a la regulación autonómica en otras comunidades y los trabajos preparatorios para la reforma de la Ley 1/1996” nada se dice al respecto sobre las comunidades en que se ha operado una nueva regulación y su sentido, y el que los trabajos preparatorios de una reforma de la Ley 1/1996 motiven la urgencia de la aprobación de una nueva norma no parece una afirmación muy afortunada puesto que podría interpretarse como que el nuevo Decreto pretende regular algo que la nueva ley no va a contemplar, lo cual dejaría a la nueva norma sin la necesaria cobertura legal y, además, en términos de oportunidad, podría pensarse que es mejor esperar a la promulgación de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para redactar un nuevo Decreto autonómico y no al revés.”

En el mismo sentido, señala el informe de la Comisión Jurídica Asesora (punto 51 del dictamen, Folio 547 del expediente administrativo) lo siguiente:

“Aunque no hay certidumbre en torno a la culminación de la modificación de la Ley 1/1996 -cuya tramitación pudiera incluso haber decaído si es de la legislatura anterior- ni sobre el contenido del texto que finalmente resulte, puede parecer contradictorio fundamentar la urgencia del dictado del nuevo Decreto en esa reforma en trámite, y además mencionarlo en la parte expositiva del texto propuesto. Por una parte, si llegara a buen término, el contenido de la nueva ley que sea de aplicación en todo el estado podría afectar a algunos aspectos que

ahora se regulan en el proyecto de Decreto. Por otra, la reglamentación que se nos presenta también aborda varias de las materias cuya regulación corresponde al Estado, o bien con la técnica de remitirse a la correspondiente regulación estatal, o, en otras ocasiones, se reiteran las previsiones de la legislación estatal y se las complementa con unas mínimas precisiones; de manera que podría quedar sin sentido las numerosas referencias que se efectúan en el proyecto de la Ley 1/1996”.

Esto mismo fue puesto de relieve por el Consejo Vasco de la Abogacía en sus alegaciones (Folio 115 expediente administrativo):

“Consideramos que urge la modificación de la ley y como consecuencia de ello adaptar el Decreto a la nueva ley y no a la inversa. No tiene ningún sentido realizar un nuevo reglamento que desarrolle una ley que en muchas cuestiones está obsoleta. En el articulado de este proyecto se está haciendo referencia continua a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que creemos que en breve será, o por lo menos debe ser, modificada. El sistema tal y como está establecido en la actualidad no dificulta una respuesta eficaz y efectiva.”

Insistimos. En ningún momento la administración motiva la necesidad y la oportunidad del proyecto de decreto. Incluso en el informe que obra al Folio 233 del expediente administrativo y al que más tarde nos referiremos puesto que se trata de un informe que no tiene fecha ni firma ni membrete, indica:

“Entrando a responder a las alegaciones, sobre las generales planteadas al inicio de su escrito, indicar que la finalización de legislatura sin nueva legislación estatal en la materia no puede suponer el decaimiento de cuantas acciones legislativas en instituciones con competencias en la materia estén en marcha, pues desvirtuaría la naturaleza autonómica de nuestro sistema constitucional, siendo cada comunidad autónoma soberana respecto de su capacidad normativa y los tiempos y plazos que impone a la misma.”

Evidentemente nadie discute estas afirmaciones genéricas que se contienen al Folio 239 del expediente administrativo. Lo que sucede es que no sirven para justificar en modo alguno ni la oportunidad ni la necesidad de la norma. Todo lo contrario.

11.- Inexistencia de una reflexión documentada.

Establece la Ley 8/2003 la necesidad de que en el tiempo que media entre la orden de iniciación y la orden de aprobación se realice una reflexión madura donde se efectúen los estudios e informes que sean precisos y en particular los relativos a la factibilidad de las normas y a su coste.

En el informe obrante al Folio 233 del expediente administrativo (particularmente en el Folio 238 y ss; respuesta a las alegaciones del Consejo Vasco de la Abogacía), se realizan una serie de afirmaciones que no pueden contrastarse toda vez que la administración ha sustraído del expediente la documentación precisa para conocer los antecedentes necesarios, si es que realmente los hubo.

Se habla de un primer borrador del decreto autonómico presentado a finales de 2009; de numerosas reuniones con intercambio de textos y redacciones alternativas durante todo el año 2010 y principio de 2011 ofreciendo una interpretación de los hechos sin aportar ni un solo documento con una clara posición ventajista en la medida en que se realizan afirmaciones que no pueden ser contestadas por el Consejo Vasco de la Abogacía, toda vez que los documentos no fueron aportados con carácter previo al trámite de audiencia y no pudo validarse o contradecirse lo que la administración pone de manifiesto en ese momento.

La administración incumplió las previsiones contenidas en la ley una vez más, toda vez que no aportó los documentos que dice utilizó con carácter previo, o como primeros borradores del Decreto, así como en su caso el contenido de las actas o de los documentos que le hubieran sido aportados de adverso.

Insistimos: no aportar los documentos y emitir juicios de valor sobre el contenido de supuestas reuniones o negociaciones supone cuando menos una deslealtad y causa indefensión a quien en ese momento del expediente está privado de voz.

El borrador del Decreto surge, al parecer, por generación espontánea.

12.- Falta de Justificación de la no aceptación de las observaciones contenidas en los informes preceptivos.

El artículo 10 de la Ley 8/2003 en su punto 2 indica:

“Se unirá, asimismo, una memoria sucinta de todo el procedimiento, en el que se señalarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado y las modificaciones realizadas en el texto del proyecto para adecuarlo a las observaciones y sugerencias de los diferentes informes evacuados, y de manera especial las contenidas en los de carácter preceptivo. Se justificarán con suficiente detalle las razones que motiven la no aceptación de las observaciones contenidas en tales informes, así como el ajuste al ordenamiento jurídico del texto que finalmente se adopte”.

En el expediente se incumple el mandato contenido en este artículo 10 en los puntos que a continuación expondremos:

- a) No se ofrece respuesta a las objeciones planteadas por la propia asesoría jurídica del departamento proponente, pese a que tampoco se trasladan al texto las sugerencias que efectúa (punto 61, dictamen Comisión Jurídica Asesora).
- b) El Consejo Vasco de la Abogacía, en sus alegaciones plantea en la página 140 y siguientes del expediente administrativo una serie de cuestiones en relación con el anexo I (Declaración de datos para la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita). Las alegaciones aportan distintos razonamientos que terminan proponiendo que el Departamento de Justicia y Administración Pública eleve la cuestión a la Agencia Vasca de Protección de Datos con el objeto de obtener un informe resolutorio.

En el informe de respuesta frente a escritos de alegaciones al Proyecto de Decreto de Asistencia Jurídica gratuita (página 255 expediente administrativo) el autor/a del informe ofrece una respuesta totalmente insuficiente a los razonamientos planteados por el Consejo Vasco de la Abogacía.

Las cuestiones referidas a la protección de datos de carácter personal que plantea el Consejo Vasco de la Abogacía en sus alegaciones es manifiesto que están formuladas de forma razonada

y sólida. Sin embargo, la respuesta ofrecida en el mencionado informe a estas alegaciones no es suficiente y, en consecuencia, se vulnera con ello el contenido del artículo 10 de la Ley 8/2003. Esta insuficiencia en la respuesta no lo predica esta parte. También coincide en el criterio que aquí se apunta el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (punto 63):

“A lo anterior hay que añadir que sería recomendable solicitar el informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos, por afectar varias disposiciones del proyecto a la protección de datos de carácter personal, y, además haberse planteado en el expediente, por parte del Consejo Vasco de la Abogacía, algunas cuestiones en relación con los ficheros que se crean, sus responsables y encargados del tratamiento de los datos, que no han obtenido una clara y completa respuesta por parte del órgano instructor, por lo que este Consejo ha propuesto, dada la complejidad de aquellas, la intervención de esa Agencia. También el Ministerio Fiscal en el informe que ha aportado se detiene en el análisis de esta materia.”

- c) La insuficiencia de la respuesta en el expediente y el propio talante que inspira las actuaciones que venimos reflejando, encuentra su plasmación más expresiva en la página 258 expediente administrativo (en el denominado informe de respuesta a las alegaciones). Se afirma en la página citada:

“En cuanto al resto de alegaciones de índole económica, ya fueron manifestadas en abril la postura del Dpto. y ante la repetición de lo aducido por los colegios de abogados en su día procede remitirse a la respuesta que se dio en esa fecha, al no haber variado las pretensiones ni argumentos sobre la materia.”

Estamos señalando que las alegaciones formuladas por el Consejo Vasco de la Abogacía constituyen un informe preceptivo al amparo de lo previsto en el artículo 54 de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales, y que en consecuencia, la no aceptación de las observaciones contenidas en tales informes deben justificarse con suficiente detalle, tal y como decimos, según mandato del artículo 10.2 Ley 8/2003. La fórmula empleada remitiéndose a documentos no existentes en el expediente y a manifestaciones que ni constan ni se reproducen supone, como decimos, una vulneración directa del contenido de la Ley que establece el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general del País Vasco.

13.- Falta de motivación de las innovaciones normativas.

Ninguna de las innovaciones introducidas por el Decreto está justificada. No hay ningún análisis de viabilidad normativa ni de justificación o razonamiento de por qué el Decreto introduce las modificaciones que se incorporan en relación al sistema anterior.

Hay que fijarse que la Exposición de Motivos del Decreto que tendría que reflejar el resultado final y no al revés como parece pretenderse, servir de memoria justificativa al proyecto, debería resultar la expresión del resultado final y sin embargo esto no ha sucedido así por cuanto ha permanecido incólume a pesar de los numerosos cambios operados durante la tramitación del expediente.

Curiosamente, lo único que desaparece de la Exposición de Motivos es aquello que parecía destinado a justificar la oportunidad y la necesidad del nuevo Decreto. Concretamente la referencia a la regulación autonómica habida en otras comunidades y los trabajos preparatorios para la reforma de la Ley 1/1996.

Se habla de *“establecer un sistema de abono para gastos de funcionamiento de los colegios profesionales que no dependa del número de expedientes tramitados sino basado en un porcentaje en función de cantidades devengadas en ejercicios anteriores, supone reducir tareas y tiempos hasta ahora necesarios liberando con ello recursos y esfuerzos, así como hacer transparente el sistema de funcionamiento”*. ¿Solo eso? ¿No hay ninguna razón de tipo económico que justifique esta decisión? ¿No será que se pretende controlar un gasto que a la administración puede parecerle excesivo teniendo en cuenta que el número de expedientes tramitados puede aumentar notablemente? Y, si es así, ¿Por qué no se explica?

Se modifican los sistemas de compensación económica a los colegios profesionales de abogados por turno de guardia abandonando el criterio de abono por actuación y sustituyéndolo por el de disponibilidad y se afirma que esto permitirá mejorar el servicio prestado al ciudadano manteniendo los niveles de compensación actualmente vigentes (punto VII Exposición de Motivos).

¿Podría alguien explicar en qué se mejora el servicio prestado al ciudadano y cómo se justifica que se mantengan los niveles de compensación actualmente vigentes sustituyendo el sistema de compensación económica por turno de guardia abandonando el criterio de abono por actuación y sustituyéndolo por el de disponibilidad? ¿Cómo se justifica la multiplicación de documentos en el anexo

I del Decreto? ¿Cuáles son las razones de eficacia o de control que justifican su multiplicación y cómo se sortean las exigencias de la Ley de Protección de Datos restrictivas al respecto?

¿Cuál es la razón del procedimiento normalizado y de sus excepciones? ¿Por qué se exceptiona de la tramitación normalizada los delitos contra la seguridad vial, delitos cometidos por menores, violencia de género o intrafamiliar, estafas y delitos perseguidos únicamente mediante querrela?

¿Cuál es la base objetiva de la discriminación entre los tipos de delito partiendo del principio de presunción de inocencia? ¿No merece una justificación la introducción en el Decreto de la controvertida cuestión de la libre elección de abogada o abogado cuando se trata de una novedad ajena a la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita? ¿Y los módulos y bases de compensación económica? ¿Y la discriminación sin justificación alguna de los peritos contadores-partidores del resto de los peritos?

Todo ello, como decimos, supone una insoportable falta de motivación del Decreto que se soporta directamente en los textos sin el mínimo juicio o razonamiento tendente a fundamentarlo.

14.- Invalidez de los documentos incorporados al expediente sin los requisitos mínimos de forma.

Hemos señalado que el Tribunal Supremo configura el procedimiento especial para la elaboración de los reglamentos señalando que la observancia del procedimiento tiene un carácter *ad solemnitatem*.

La pregunta que cabe formularse es si no descalifica al conjunto del procedimiento la existencia de numerosos documentos incorporados al expediente administrativo que carecen de fecha, de firma o de membrete o las tres cosas.

¿Qué valoración puede concederse, por ejemplo, al Documento nº 14, denominado “Informe de Respuesta Frente a Escritos de Alegaciones al Proyecto de Decreto de Asistencia Jurídica Gratuita”? ¿Cuándo se hace? ¿Quién lo hace? En nuestra opinión aquellos documentos que carecen de fecha, firma o membrete no pueden ser tenidos en consideración como parte del expediente administrativo y en su virtud por evacuados los trámites contenidos en ellos con lo que se viene a reforzar la nulidad de pleno derecho que aquí se viene sosteniendo.

B) SUBSIDIARIAMENTE LA NULIDAD DE LOS ARTÍCULOS 15, 16, 33.1, 34.2, 29.1, 29.3, 38.3 CON ANEXO VI, ARTÍCULO 45 Y ANEXO I.

Para el caso de que no aprecie el Tribunal la existencia del vicio de nulidad de pleno derecho planteado, invocamos la nulidad de determinados artículos del Decreto recurrido.

1.- Nulidad de los artículos 15, 16 y 33.1

El Decreto adolece de falta de justificación de las excepciones a las “*excepciones al procedimiento normalizado*” para los delitos contra la seguridad vial, delitos cometidos por menores, violencia de género o intrafamiliar, estafas y detenidos y delitos perseguibles únicamente mediante querrela.

En el artículo 33.1 no se motiva ni justifica la excepción contenida en el párrafo segundo, esto es, que en los procesos de familia el plazo se reduzca a un año desde la firmeza de la sentencia en lugar del régimen general previsto en el párrafo anterior.

2.- Artículo 34.2

Este punto reconoce legitimación a las Comisiones de Justicia Gratuita para recurrir las resoluciones colegiales adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios que en su caso fueran incoados y que se halla prevista en el artículo 41 de la Ley 1/1996.

La ilegalidad del artículo recurrido se fundamenta en que de conformidad con el Estatuto General de la Abogacía (artículo 46) corresponde a este Consejo y a los colegios que lo conforman el control en el desempeño de las funciones de los abogados en relación con la asistencia jurídica gratuita y la exigencia de responsabilidades disciplinarias a que hubiere lugar.

Por otra parte, la intervención de la Comisión queda limitada a tener conocimiento de las resoluciones y medidas adoptadas, habida cuenta de su falta de legitimación, pues como razona la Sentencia nº 160/2002, de 22 de febrero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco:

“No existe una acción pública en materia de exigencia de responsabilidad disciplinaria de los abogados ni de otros miembros de los colegios profesionales, por lo que nadie que no sea la propia corporación pública o colegio está facultada para tomar la iniciativa de promoverla o exigirla.”

3.- Artículo 29.1

El artículo 29.1 dispone que el departamento en materia de justicia, el Consejo Vasco de la Abogacía, y el Consejo Vasco de Procuradores acordarán anualmente los requisitos generales de formación y especialización para la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

El artículo 25 de la Ley 1/1996 (aplicable en todo el Estado) señala que será el Ministerio de Justicia e Interior, previo informe de los Consejos generales de la abogacía y de los colegios de procuradores de los tribunales de España, el que establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesaria para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, y serán de cumplimiento obligatorio para todos los colegios profesionales “sin perjuicio de los requisitos complementarios que puedan establecer las Comunidades Autónomas competentes”.

En el borrador del proyecto se hablaba de requisitos generales “mínimos” y en la redacción definitiva se ha eliminado el concepto “mínimos” pero aún así el concepto de generales contradice lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1/1996 por cuanto que no se trata de requisitos generales sino de requisitos en todo caso complementarios.

4.- Art. 29.3

No se motiva suficientemente la obligación impuesta al Consejo Vasco de la Abogacía, con el visto bueno del departamento competente en materia de justicia, de programar anualmente cursos dirigidos

a la formación de las y los colegiados para el acceso a los servicios de asistencia jurídica gratuita.

Estos cursos los vienen desarrollando los colegios de abogados sin que se entienda muy bien por qué ha de ser el Consejo Vasco de la Abogacía quien programe estos cursos o sean los colegios de abogados los que continúen realizándolos.

5.- Artículo 38.3 y en consecuencia el Anexo VI

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto recurrido, los Abogados y Procuradores designados de oficio desempeñarán sus funciones hasta la finalización del procedimiento en la instancia judicial de que se trate y en su caso la ejecución de las sentencias siempre que se inicie dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, salvo en los procesos de familia que se computará el plazo de un año.

Desde la vigencia de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y también con anterioridad, la compensación económica era percibida en su totalidad y de una sola vez por los Letrados designados, sin diferencia entre la fase declarativa y la vía de ejecución. Sin embargo, y sin justificación alguna, el artículo 38.3 del Decreto cambia de criterio y desglosa el cobro de la compensación económica estableciendo lo siguiente:

“En los procesos monitorios, ordinarios y verbales de la jurisdicción civil y en el proceso ordinario de la jurisdicción social, las y los profesionales designados de oficio devengarán la compensación económica correspondiente a su actuación, una vez realizado el trámite establecido en el anexo VI de este Decreto, conforme al siguiente desglose:

- a) El setenta y cinco por ciento al inicio de la fase declarativa.*
- b) El veinticinco por ciento restante al inicio de la fase de ejecución.”*

Se da además la circunstancia de un trato desigual con los Procuradores quienes perciben la compensación económica con arreglo a módulos que se fijan en función de la tipología de las actuaciones, percibiendo una cantidad global sin desgloses.

En el Decreto no se justifican las razones por las que se produce este desglose y la diferencia de trato

entre Abogados y Procuradores, con clara vulneración de la Doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que exige aplicar consecuencias jurídicas similares a supuestos iguales, prohibiéndose aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables.

Con el desglose exigido, se está penalizando la actuación profesional de los Abogados y su aplicación puede llegar al absurdo de que en aquellos asuntos en que el Letrado defienda al demandado y se desestime la demanda, jamás se percibirá la totalidad de la compensación económica establecida. La explicación del desglose obedece a motivos meramente presupuestarios y no a razones legales.

El Artículo 38.3 vulnera por tanto el principio de igualdad ante la Ley proclamado por el Artículo 14 de la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es reiterada al respecto, en el sentido de que el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y por tanto, veda la autorización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

“...no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el Artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y concurra una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”. (Sentencia de 4 de octubre de 2.001, entre otras muchas).

El propio informe de la Comisión Jurídica Asesora –ver punto 111, Folio 559– ya advierte de la falta de justificación del desglose pretendido por el Decreto:

“Por último, el anexo 8 establece los módulos y bases de compensación económica a abogados y procuradores. A los primeros según la tipología de las actuaciones en materia de extranjería, en la jurisdicción penal, en la civil, en la contencioso-administrativa, en la social y por actuaciones extraprocesales, con un desglose de las cantidades del año 2012 en un 75%,

por un lado, y un 25 %, por otro; pero, como ya hemos analizado, no se ha justificado a qué responde ese desglose que no se corresponde con ninguna disposición contenida en el texto. Para los procuradores los módulos se fijan en función de la tipología de actuaciones, con indicación de las cantidades globales sin desgloses. También se cifra la cantidad a abonar al Colegio de Abogados por la asistencia a la persona detenida, imputada o presa.”

6.- Artículo 45

El Artículo 45 del Decreto objeto de recurso establece un trato distinto en las compensaciones económicas o minutas de honorarios a percibir por los Peritos privados y el Contador-partidor, figura que tiene el carácter de perito judicial con arreglo a lo dispuesto en los artículos 784.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo, los Peritos privados, cumplidos una serie de requisitos como son los determinados en los puntos 1 y 2, percibirán sus honorarios con arreglo a una previsión económica determinada expresamente para cada caso, en resumen, con arreglo a los Estatutos de su profesión. Y, sin embargo, el Contador-Partidor cobrará la pericial con sujeción al baremo económico fijado en el Decreto.

Este trato discriminatorio vulnera asimismo el derecho a la igualdad consagrado en el Artículo 14 de la Constitución que impide tratar desigualmente a los iguales sin justificar debidamente ese trato desigual.

El propio informe de la Comisión jurídica Asesora en su punto 94, Folio 556, apunta la existencia de este trato discriminatorio, sin razones que justifiquen la opción por una distinta configuración normativa.

“La fórmula adoptada se aparta de la que rige para el núcleo más significativo del régimen de la asistencia jurídica gratuita, como son los honorarios de los abogados y procuradores intervinientes, que figuran dentro de la correspondiente normativa reglamentaria de alcance general, sin que se hayan ofrecido razones que justifiquen la opción por una distinta configuración normativa de la potestad para fijar las retribuciones de los peritos que actúen en régimen de AJG.”

A mayor abundamiento en el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley 1/1996 actualmente en

tramitación, se modifica el Artículo 40, estableciéndose la siguiente redacción:

“Para los peritos que se designen entre técnicos privados, los mediadores y cualesquiera otros profesionales que intervengan en un proceso y cuyo coste corresponda a una parte a la que se haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, su retribución también se fijará por baremo.”

7. Anexo I del Decreto 110/2012.

En el modelo normalizado de solicitud de justicia gratuita incluido en el Anexo 1 del Reglamento de Justicia Jurídica Gratuita, se incluye una cláusula informativa de protección de datos, en la que se informa al solicitante que el destinatario de sus datos –responsable de fichero- es la Comisión de Justicia Gratuita, sin hacer ninguna mención a los Colegios de Abogados.

El Artículo 8 del Decreto establece que es función de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita reconocer o denegar el derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita y el Artículo 28 obliga a los Colegios de Abogados a contar con un servicio de Orientación Jurídica con distintas funciones entre ellas las de asesorar a las personas peticionarias, tramitar expedientes, etc.

El Artículo 35 por otra parte hace referencia a la responsabilidad patrimonial en la que pueden incurrir los Colegios de Abogados por la creación del referido servicio, tal como lo establecía el Artículo 35 del derogado Decreto 210/96 de 30 de julio.

El Artículo 3.d) de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/99 de 13 de diciembre (en adelante LOPD), define al “responsable del fichero” y al encargado del tratamiento.

“d) Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

De esta definición podemos extraer como elemento esencial del concepto de responsable del fichero, la capacidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

El Artículo 5.q) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (en lo sucesivo, RDLOPD) amplía la definición de responsable del fichero:

5.q) “Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.

Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados”.

Esta definición incluye la posibilidad de que existan varios responsables sobre un mismo fichero y que entes sin personalidad jurídica puedan asimismo ser considerados responsables.

El Artículo 3.g) de la LOPD como:

“g) Encargado del tratamiento: La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

El encargado del tratamiento es, pues, aquella persona física o jurídica que trata un fichero por nombre y cuenta del responsable; es decir no tiene capacidad de decisión sobre el tratamiento del fichero, sino que debe limitarse a seguir las instrucciones dadas por el responsable. Asimismo el Artículo 12 de la LOPD obliga a la firma de un contrato entre el responsable y el encargado donde se detallen las medidas de seguridad a aplicar y los términos de la devolución de los ficheros una vez finalizado el embargo.

A la vista de todo lo anterior, resulta imprescindible dilucidar si el fichero con datos personales utilizado en la ejecución de esta obligación impuesta a los Colegios de Abogados, deber ser considerada como un fichero independiente o autónomo respecto del fichero utilizado por la Comisión de Justicia Gratuita, o por el contrario, como parte integrante de un mismo fichero.

La elección de una u otra acción puede llevarnos a conclusiones diferentes:

- a) La existencia de un único fichero con distintos responsables: El Colegio de Abogados y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. El SOJ recoge las solicitudes, orienta y subsana errores, pero debe llevar los expedientes a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que ostenta la capacidad última de resolución.
- b) La existencia de dos ficheros, cada uno con su respectivo responsable. Un fichero destinado a la orientación, información y asesoramiento jurídico previo bajo la directa responsabilidad del Colegio de Abogados. Y otro fichero consistente en los expedientes de justicia gratuita bajo la responsabilidad de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.
- c) La existencia de un único fichero de expedientes de justicia gratuita bajo la responsabilidad única de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. En este caso el Colegio de Abogados podría ser un encargado de tratamiento que actuase bajo la dirección de la Comisión de Asistencia jurídica gratuita.

Ninguna de estas cuestiones se aclara en el anexo del Decreto recurrido y evidentemente las consecuencias jurídicas que se obtienen de las distintas interpretaciones serían completamente diferentes, pues en los supuestos a) y b) sería necesario modificar el texto incluido en la solicitud de asistencia jurídica gratuita, haciendo referencia a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita como único responsable del fichero y el Colegio de Abogados como corresponsable y destinatario del fichero.

En el caso del supuesto c) sería necesaria la suscripción de un contrato de tratamiento de datos por cuenta de terceros entre la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, como responsable del fichero, y el Colegio de Abogados, como encargado del tratamiento, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo 12 de la LOPD.

La falta de respuesta y aclaración a las cuestiones planteadas en este apartado ya fue denunciada por la Comisión Jurídica Asesora quien aconsejaba recabar el informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos, informe que finalmente no fue solicitado y que por tanto no obra en el expediente administrativo.

“A lo anterior hay que añadir que sería recomendable solicitar informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos, por afectar varias disposiciones del proyecto a la protección de datos de carácter personal y además, haberse planteado en el expediente, por parte del Consejo vasco

de la Abogacía, algunas cuestiones en relación con los ficheros que se crean, sus responsables y encargados del tratamiento de los datos, que no han tenido una clara y completa respuesta por parte del Órgano Instructor, por lo que este Consejo ha propuesto dada la complejidad de aquellas, la intervención de esa Agencia". (Punto 47 del informe, Folio 546 del expediente administrativo).

Asimismo, el punto 101, Folio 557 del expediente administrativo, del informe de la Comisión Jurídica Asesora manifiesta que en el Anexo 1 del Decreto se vierten contenidos relacionados con la creación de ficheros y protección de datos de carácter personal, que plantean cuestiones a las que no se ha dado respuesta en el expediente y que debe ser aclarada.

"...Pero en este anexo se vierten contenidos relacionados con la creación de ficheros y la protección de datos de carácter personal a modo de disposiciones normativas que plantean distintas cuestiones, como la existencia de varios ficheros, ya que se autoriza la comunicación de datos al SOJ y a la Comisión de AJG o la responsabilidad en la gestión de los ficheros. A esas dudas no se les ha dado respuesta en el expediente... y debe ser aclarada de forma que exista un fichero de datos en el marco del sistema informático que diseña el Artículo 10 del Proyecto."

Finalmente, entendía el informe de la Comisión Jurídica Asesora que la materia referida a los datos de carácter general y la prestación de consentimiento para recabarlos y comunicarlos tiene entidad suficiente y sustantividad propia para ser trazada en un precepto independiente y no en un anexo.

La anterior falta de concreción relativa a la existencia de uno o dos ficheros, quienes son sus responsables y la función del SOJ en el tratamiento de los datos vulnera lo dispuesto en los artículos 3.d) y g) y 12 de LOPD y acarrea por tanto la nulidad del anexo 1 del Decreto recurrido.

Por todo lo expuesto,

DE LA SALA SUPPLICO: Que habiendo por presentado este escrito y los documentos que citados se acompañan, junto con copia de todo ello, se sirva admitirlo, tener por formulada la demanda y en su virtud, previa la tramitación que legalmente corresponda, dicte sentencia por la que, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo, se declare la disconformidad a derecho del Decreto recurrido y consecuentemente su plena nulidad y, subsidiariamente, en el supuesto de que no se estime el pedimento anterior, declare la nulidad parcial de los artículos del Decreto que se especifican en el recurso, por ser de Justicia que pido en Bilbao, a 18 de febrero de 2013.

PRIMER OTROSI DIGO.- Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 57 de la Ley Jurisdiccional, solicito que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones, al ceñirse el recurso a cuestiones meramente jurídicas.

Suplica a la Sala se sirva acordarlo así en el momento procesal oportuno, en el lugar y fecha indicados *ut supra*.

SEGUNDO OTROSI DIGO.- Que de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 42.2 de la Ley Jurisdiccional se reputa de cuantía indeterminada el presente recurso contencioso-administrativo.

Suplico a la Sala sirva tener por causada la anterior manifestación a los efectos oportunos, en lugar y fecha ya indicados.