

Dictamen Núm. 39/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de marzo de 2021, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de enero de 2021 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los gastos de defensa y representación ocasionados como consecuencia de las actuaciones penales de unos aspirantes cuando formaba parte de un tribunal de selección.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de febrero de 2020, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que reclama el abono de los gastos de defensa jurídica de un procedimiento penal.

Expone que mediante Resolución de la Dirección del Instituto Asturiano de la Administración Pública “Adolfo Posada” fue designado como Presidente del Tribunal Calificador de la prueba selectiva para la provisión de veintitrés

plazas de la categoría de Facultativo Especialista de Área Medicina Interna. Precisa que varios aspirantes impugnaron la prueba y que el Tribunal Supremo anuló parcialmente el proceso selectivo desde el segundo ejercicio de la fase de oposición.

Señala que en diciembre de 2016 el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo incoó diligencias previas tras la denuncia formulada por “presuntas irregularidades que habían observado en el desarrollo de la prueba selectiva”, imputándosele la comisión de los delitos de “prevaricación, tráfico de influencias y violación de secretos”. Añade que con fecha 13 de marzo de 2019 se acordó el sobreseimiento provisional del procedimiento y el archivo de las actuaciones al no dar por acreditado la comisión del delito de prevaricación.

Funda su pretensión en el derecho a la defensa jurídica de los funcionarios, y cita al efecto los artículos 17.1.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en relación con el precepto 2.2 de la misma norma; 14.f) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002.

Solicita el resarcimiento de los gastos de representación que ascienden a un total de nueve mil trescientos veintidós euros con noventa céntimos (9.322,90 €), de los cuales 9.147,26 € corresponden a los honorarios del letrado y 175,64 € a los del procurador.

Adjunta a su escrito una copia de los siguientes documentos: a) Auto del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016, por el que se incoan diligencias previas. b) Auto del mismo órgano de 13 de marzo de 2019, por el que se decreta el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones. c) Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de julio de 2019, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo de 13 de marzo de 2019. d) Minuta del letrado y del procurador.

2. El día 9 de marzo de 2020, el Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Presidencia requiere al interesado para que aporte en el plazo de diez días su documento nacional de identidad “acreditando la (...) de la persona solicitante”, las “lesiones producidas (las económicas ligadas al procedimiento judicial quedan acreditadas en su solicitud, pero se desconoce si considera que existen lesiones morales o de otro tipo)”, la “presunta relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento de la Administración” y la “evaluación económica concreta (si se solicitan daños morales o de otro tipo), con desglose de cada concepto”, advirtiéndole de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su solicitud.

El 1 de junio de 2020, el reclamante presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que reitera que “únicamente se solicita el resarcimiento de (...) los gastos de defensa jurídica en el procedimiento judicial” que especifica, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo.

Aporta una copia de su documento nacional de identidad.

3. Mediante escrito de 8 de junio de 2020, el Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo comunica al interesado la fecha de recepción de su solicitud, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa, sin perjuicio de la suspensión operada en virtud del apartado 1 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19.

4. Con fecha 24 de junio de 2020, la Jefa del Servicio de Asesoramiento Jurídico Administrativo de la Consejería de Presidencia emite un informe sobre la reclamación formulada. En él se recogen los antecedentes relativos al desarrollo del proceso selectivo que aquí interesa y se precisa, respecto al procedimiento penal, que “las actuaciones del Servicio de Selección se han

limitado a colaborar con la justicia mediante la remisión de cuanta información y documentación fue requerida para el esclarecimiento de los hechos”.

5. El día 23 de julio de 2020 la Jefa del Servicio instructor solicita al reclamante que comunique, en el plazo de diez días, si ha formulado petición formal de asistencia de letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en relación con el procedimiento de referencia, aportando en tal caso copia de la petición dirigida al órgano correspondiente, así como las alegaciones o medios de prueba que estime pertinentes. Se le advierte de que en caso de no atender al requerimiento se entenderá que no ha solicitado la asistencia de letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias en dicho procedimiento judicial.

6. Mediante escrito notificado al interesado el 2 de octubre de 2020, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente que puede consultar en la sede electrónica del Principado de Asturias.

El día 19 de octubre de 2020, el representante del perjudicado presenta en el Registro Electrónico un escrito de alegaciones en el que insiste en que el fundamento de su solicitud “obedece a la obligación de resarcimiento de gastos de defensa jurídica que (...) entiende procede en aquellos casos en los cuales un funcionario o servidor público se ve inmerso en un procedimiento penal que finaliza con una resolución de archivo de la causa o absolución derivado del ejercicio de sus funciones en la Administración pública, y ello por el principio básico de la legislación en materia de función pública, en virtud de la cual estos han de quedar indemnes en el ejercicio de sus funciones, tal y como establece el artículo 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Aporta un escrito privado por medio del cual el interesado confiere su representación a las dos personas que identifica.

7. Con fecha 23 de octubre de 2020, el órgano instructor comunica al interesado que en el justificante de presentación en el Registro Electrónico de fecha 1 de junio de 2020 consta el nombre del representante del interesado, pero que la fecha del poder de representación es posterior a 1 de junio de 2020, “por lo que se debe aportar un documento de representación de esa fecha que valide la documentación aportada y las alegaciones formuladas”.

Por otro lado, observa que el escrito de alegaciones de 29 de mayo de 2020 carece de firma, “por lo que debe aportarse de nuevo debidamente firmado”.

El 10 de noviembre de 2020, la representante del interesado atiende al requerimiento de subsanación y acompaña el escrito de 29 de mayo de 2020 debidamente firmado y el documento confirmando su representación a las personas que identifica, fechado el 29 de mayo de 2020.

8. El día 11 de diciembre de 2020, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “la defensa jurídica de los empleados de la Administración se rige por un procedimiento reglado”, pero en el presente supuesto “no se ha seguido dicho procedimiento por cuanto no consta en el expediente ni solicitud alguna de defensa jurídica, ni concesión ni denegación de la misma”.

Por otro lado, niega la antijuridicidad del daño patrimonial “en tanto que los actos (probados) llevados a cabo por el Presidente del tribunal fueron objeto de reproche y anulación” por Sentencia del Tribunal Supremo, y se apoya en el Dictamen Núm. 13/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, relativo a la reclamación por los daños y perjuicios derivados de la anulación parcial de actuaciones del concurso-oposición para cubrir plazas de facultativo especialista de área en Medicina Interna del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Y subraya que “ha quedado demostrado que su actuación como Presidente del Tribunal quebró unos de los principios rectores de acceso al empleo público, como son los de imparcialidad y profesionalidad de los

miembros de los órganos de selección, previstos en el artículo 55” del Estatuto Básico del Empleado Público.

Finalmente, niega la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño invocado por el interesado, que atribuye “única y exclusivamente” a su actuación, pues “tal como ha quedado demostrado se ha sobrepasado el margen de discrecionalidad concedido a los tribunales, por lo que no puede la Administración que ha nombrado a ese tribunal ser responsable de los actos de los mismos cuando su actuación quiebra los principios legales”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de enero de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Presidencia, adjuntando a tal fin una copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- Sometido a consulta un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo Consultivo debe emitir su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el supuesto planteado, el interesado reclama a la Administración el resarcimiento de los gastos de defensa y representación legal en los que ha incurrido en el procedimiento penal sustanciado ante el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo, al haberse acordado el sobreseimiento de la causa, e invoca al respecto los artículos 17.1.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y 14.f) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. La Administración del Principado de Asturias ha encauzado su reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial, sin que el interesado se haya opuesto a ello en el trámite de alegaciones.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que por Resolución de 2 de marzo de 2011 el reclamante -personal estatutario fijo del Servicio de Salud del Principado de Asturias- fue designado Presidente del Tribunal Calificador del concurso oposición para el acceso a plazas de la categoría de Facultativos Especialistas de Área dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anuló parcialmente el proceso selectivo desarrollado, obligando a repetir las pruebas a partir de la segunda y a nombrar un nuevo tribunal calificador (Sentencia de 23 de febrero de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:1020-). En este orden de cosas, un grupo de opositores que concurrieron a las pruebas ejercitan acciones penales contra el interesado por presunta comisión de los delitos de prevaricación, revelación de secretos y tráfico de influencias, acordándose por Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de julio de 2019 el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones.

Advertido que entre el reclamante y la Administración existe una relación funcional especial en virtud de lo establecido en los artículos 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y 81 de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud. Tal como invoca el interesado, el artículo 17.1.h) del Estatuto

Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud reconoce a este personal el derecho a "recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y servicios de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones". Asimismo, entre las disposiciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aplicables al personal estatutario de los Servicios de Salud se encuentra el artículo 14.f), en el que se reconoce el derecho de los empleados públicos a "la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos".

Ahora bien, lo que se contempla en los preceptos citados es la asistencia jurídica por los letrados del servicio público -previa solicitud del interesado y tramitación del procedimiento articulado al efecto-. En ningún caso se consagra el derecho del empleado público demandado o denunciado a designar los profesionales de su elección y repercutir después los gastos a la Administración, por lo que no existe tampoco un procedimiento de reembolso a tal fin. A lo sumo, en algunos supuestos se considera el abono de honorarios de letrados externos siempre con límites cuantitativos y previa autorización por la Administración que ha de sufragarlos.

En el ámbito del Principado de Asturias, el derecho de los empleados públicos a la asistencia letrada ha sido objeto de regulación en el Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias (artículos 27 a 30). En él se determinan las condiciones para que proceda la defensa por este Servicio de los empleados autonómicos, así como el procedimiento para el ejercicio del derecho a ser defendido por los letrados del Servicio Jurídico, pero en ningún caso se contempla el resarcimiento de honorarios devengados por profesionales de libre designación. Es más, la regulación autonómica se cierra con la salvaguarda del "derecho de los interesados a designar a su costa defensor o a que se designe de oficio" (artículo 30 del Decreto), sin incluir entre las prestaciones la cobertura de esos gastos.

No se reconoce, en suma, un derecho de reintegro, por lo que tampoco se arbitra un procedimiento a tal fin. Como recoge el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 13 de junio de 2019 -ECLI:ES:TSJCV:2019:3975- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), “no tratamos de un derecho resarcitorio, sino de prestación”, supeditado a la solicitud del funcionario. Cabe que nos enfrentemos a “un derecho de defensa jurídica solicitado por el funcionario (...) para que el Gabinete jurídico la asumiese al haber sido imputado por actos realizados en el ejercicio de su cargo” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de julio de 2016 -ECLI:ES:TSJAND:2016:15518-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), en cuyo caso debería despejarse el cauce procedente ante una eventual denegación indebida o sus consecuencias lesivas, pero no es este el supuesto que aquí se plantea, toda vez que el reclamante ni siquiera ha interesado ser asistido por los letrados de la Administración; en definitiva, ha optado por no ejercitar el derecho que ahora invoca como título de imputación. Alude confusamente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:656-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), que delimita los requisitos que han de concurrir para que nazca el derecho a la defensa jurídica con cargo a la Administración, desconociendo que tal prestación presupone en todo caso la oportuna instancia o solicitud por el empleado público afectado.

En la medida en que se reclama aquí un reembolso que el ordenamiento jurídico no contempla -ni en su vertiente material ni en su *iter* procedimental-, la Instructora del procedimiento reconduce la pretensión deducida al cauce supletorio de la responsabilidad patrimonial; solución ciertamente más garantista frente a la otra que cabría considerar, que sería la inadmisión *a limine*.

Ahora bien, entre los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se encuentra el de la antijuridicidad del daño, que extrañamente puede concurrir cuando se acciona por la lesión a un derecho que no existe; quien opta voluntariamente por

servirse de profesionales de su elección sin ejercitar el derecho a ser defendido por el Servicio Jurídico autonómico no puede invocar una pretensión de resarcimiento. Desde ese mismo momento, y con independencia de otras consideraciones, el funcionario asume las consecuencias de su decisión, incluidas la eventual condena en costas o la obligación de sufragar las causadas por su parte.

La ausencia de la nota de antijuridicidad no obsta a que pongamos de manifiesto que tampoco concurre, en este supuesto, una relación de causalidad entre el daño sufrido y el servicio público. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.2 del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, antes citado, el funcionario tiene derecho a la defensa jurídica “cuando contra el mismo se inicie procedimiento penal en razón de actos u omisiones en el ejercicio del cargo, en los que no hayan sido vulneradas las disposiciones legales vigentes en la materia de que se trate, o cuando hayan cumplido orden de autoridad competente”.

En el caso que nos ocupa, la participación como miembro de un órgano de selección de personal se corresponde con el ejercicio de funciones propias del cargo, concurriendo por tanto el primero de los requisitos referidos. Ahora bien, el reclamante silencia en su argumentación un dato esencial, y es que su conducta como Presidente del Tribunal de Selección fue lo que determinó que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordase la anulación del segundo ejercicio del procedimiento selectivo y los actos posteriores, así como el nombramiento de un nuevo Tribunal Calificador, al considerarlo “una medida que resulta necesaria para asegurar el marco de imparcialidad que es inherente al principio constitucional de igualdad”. Al analizar la actuación del interesado, el Alto Tribunal concluye que “la comunicación por parte del Presidente del Tribunal a varios aspirantes de unos casos prácticos que finalmente fueron propuestos en el segundo ejercicio de la fase de oposición es obvio que colocó a estos en una situación de mayor facilidad y ventaja para la superación del proceso selectivo”. Y si en el proceso penal que siguió a dicha anulación se dictó sentencia acordando el

sobreseimiento provisional del procedimiento y el archivo de las actuaciones al no dar por acreditada la comisión del delito de prevaricación, esto no obsta a la apreciación de la irregular actitud del reclamante, y ello desde el momento en que su actuación contravino su obligación de garantizar los mandatos constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública que proclama el artículo 103.3 de la Constitución. Tal contravención no se deduce solo de la sentencia que anula el resultado del proceso selectivo, sino también de las posteriores en las que se estiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas por varios aspirantes perjudicados por esa anulación. Ya en los Dictámenes Núm. 13/2019, 14/2019, 15/2019, 16/2019 y 17/2019, relativos a esas reclamaciones de responsabilidad patrimonial, advertimos que “la actuación llevada a cabo por el Presidente del Tribunal Calificador trasciende, a los efectos que aquí nos ocupan, el consabido margen de discrecionalidad conferido a los tribunales de selección, cuyo alcance se extiende a la facultad de interpretar -y ejecutar- las bases de la convocatoria, examinando, en calidad de órgano especializado, los méritos y capacidades de los aspirantes. Por tanto, el hecho de colocar en una posición más ventajosa a unos aspirantes sobre otros supone un evidente menoscabo del derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, que a su vez quiebra la imparcialidad y objetividad que debe regir el funcionamiento de este tipo de órganos. Además, en el caso que analizamos la actuación del Presidente del Tribunal en los términos anteriormente expuestos carece de justificación, por lo que no puede calificarse de razonable”. Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias incidió, al resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en “lo grosero de la ilegalidad perpetrada (lesiva de la imparcialidad en el segundo ejercicio) ya que no estamos ante una decisión inválida por actuar la Administración dentro del margen de apreciación inherente a las potestades discrecionales” (Sentencia de 26 de octubre de 2020 -ECLI:ES:TSJAS:2020:2469-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Según reiterada jurisprudencia el nexo causal quiebra, exonerando a la Administración, en los supuestos de intencionalidad o negligencia grave del perjudicado, siempre que sus actuaciones revistan suficiente intensidad para resultar “determinantes” del resultado lesivo y de la consiguiente obligación de soportarlo (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:5802-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). En el supuesto planteado, el vicio que determina la nulidad por la que los perjudicados reaccionan en vía penal consiste precisamente en la conducta infractora del ahora reclamante.

En suma, no existiendo un derecho a que al funcionario se le sufraguen los gastos de los profesionales de su elección -sino un limitado derecho a ser asistido por el Servicio Jurídico, de libre solicitud para el encausado-, el daño consistente en los gastos de abogado y procurador no reviste la nota de antijuridicidad cuando el perjudicado ni siquiera interesó oportunamente la asistencia del Servicio Jurídico, pues no cabe anudar una lesión antijurídica a la omisión de una prestación que el ordenamiento no contempla. Incluso en el supuesto de que hubiera recabado aquella asistencia y le hubiere sido denegada tampoco cabría el resarcimiento por el cauce de la responsabilidad patrimonial, pues el proceso penal al que se asocia el daño es consecuencia de la anulación de los nombramientos provocada únicamente por la actuación ilícita del ahora reclamante.

En definitiva, no cabe deducir un daño antijurídico de la omisión de un deber que no pesa sobre la Administración -pues al empleado público no le asiste un derecho a que se le sufraguen los gastos ocasionados por la designación de profesionales de su elección, sino a ser defendido en ciertos casos por los letrados del servicio público-, y en el supuesto examinado no puede sustentarse en una improcedente denegación de la asistencia, que ni siquiera se solicita. Incluso en la hipótesis de que se hubiera rechazado la asistencia por el Servicio Jurídico el daño reclamado sería consecuencia de la conducta negligente del propio reclamante, que rompe el nexo causal en cuanto determina, sin participación del servicio público, la incoación de las

actuaciones penales de las que se siguen los perjuicios cuyo resarcimiento se impetra.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.