Asunto : Informe sobre derecho a indemnización a empleado público por el pago de honorarios profesionales por imputación en proceso penal.
Solicitante : **Diputación Provincial de Córdoba.**
Expte. : 321/2019

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

Por empleado de la Diputación Provincial de Córdoba se presenta escrito por el que exponiendo que, como consecuencia de diligencias previas núm. 4720/2013 seguidas en el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Sevilla, derivadas posteriormente al Juzgado Central de Instrucción Núm. 5, dando lugar a las diligencias previas del PROA Núm. 74/2015, hasta el el Auto Núm. 220/2018, de 11 de mayo, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones respectivas seguidas contra él, ha realizado el abono de los gastos de letrado y procurador devengados por su defensa y representación, solicita que, al amparo de los dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (habrá que entenderlo referido al 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), así como en los artículos 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL, y art. 13.5 del R.O.F., por el que se reconoce el derecho a que la Administración Pública se haga cargo de los gastos y costes derivados de aquello procedimientos en los que sean parte los miembros de las AA.PP., por la Diputación Provincial de Córdoba se acuerde el abono de la correspondiente indemnización por tales gastos.

Se adjunta documentación relativa a las minutas de honorarios de Abogado y Procurador por las intervenciones de éstos en los procesos penales referidos, así como documentos relativos a determinados trámites procesales seguidos en éstos y copia del Auto Núm. 220/2018, de 11 de mayo, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 11 de mayo de 2018.

A la vista de ello, recibida la solicitud por el Servicio de Asesoría Jurídica de la entidad provincial y, conforme a lo ordenado por el Letrado Jefe del Servicio, se procede a la emisión de Informe jurídico al respecto.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.(CP).
- Acuerdo Marco de Personal Funcionario de la Diputación Provincial de Córdoba 2016-2019
- 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 (TREBEP).

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. Cómo ya hemos expuesto en informes similares emitidos por este Servicio Jurídico -como por ejemplo el emitido con ocasión de consulta de determinado Ayuntamiento respecto del posible derecho de Policías Locales a asistencia jurídica por parte de la administración municipal en autos judiciales dimanantes de denuncia por Injurias y Calumnias, de fecha 23 de mayo de 2016-, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), no tipifica derecho alguno de los funcionarios locales en relación a la prestación de asistencia jurídica en procesos que dimanen del desempeño o ejercicio de sus cargos y funciones. Es el artículo 141 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL), el que viene a disponer en su apartado segundo que : "*...2. Las Corporaciones locales dispensarán a sus funcionarios la protección que requiere el ejercicio de sus cargos, y les otorgarán los tratamientos y consideraciones sociales debidos a su rango y a la dignidad de la función pública*.". No obstante, veamos algunas puntualizaciones jurídicas al respecto de lo expuesto por el solicitante :

- El interesado en su escrito hace mención expresa asimismo de los derechos establecidos en los artículos 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL, y art. 13.5 del real Decreto Legislativo 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), pero ha de tenerse en cuenta que tanto en un caso como en el otro las normas se están refiriendo expresamente a los "miembros" de las Corporaciones locales (alcaldes, concejales, Presidentes, diputados, etc.), no al personal empleado al servicios de éstas, aunque de facto, en la práctica jurisprudencial, se suele hacer extensible aquellas normas igualmente a personal estatutario o laboral de las entidades locales.

- Por otro lado, el 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 (TREBEP), entre los derechos individuales de los empleados públicos que enumera en su artículo 14, en su apartado f), contempla el derecho a "*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*.".

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

Este derecho, que tiene carácter general para todos los empleados públicos, alcanza obviamente al personal al servicio de las Entidades Locales.

El derecho a la defensa jurídica se garantiza en todos los procedimientos que se sigan en cualquier orden jurisdiccional, inclusive el penal. A pesar que el TREBEP no se pronuncia sobre este tema, el derecho se debe garantizar con independencia de la posición que el empleado público ocupe en el proceso, ya sea como acusador o acusado, siguiendo el mismo criterio de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, en el ámbito de la Administración General del Estado.

Este derecho viene a suponer la asunción por parte de la Administración pública de la defensa procesal del empleado público en los procedimientos que se sigan contra él en cualquier orden jurisdiccional, como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.

El adjetivo "*legítimo*" que utiliza el precepto legal permite distinguir entre funcionamiento normal y anormal, a los efectos de determinar si se ha de responder o no, por parte de la Administración pública, de los daños arrogados al empleado público.

En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público asume de manera voluntaria un riesgo que, de conformidad con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no es antijurídico y la Administración pública no viene obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones expresamente previstas en el ordenamiento jurídico de aplicación a su relación estatutaria.

En el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe dilucidar si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la actuación del servidor o funcionamiento público -en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido-, o si la deficiencia o anormalidad del servicio trae causa de otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del perjudicado. Si este no hubiera tenido ninguna participación, debe ser cabalmente resarcido o indemnizado por la Administración de todos los daños y perjuicios provocados hasta alcanzar su total indemnidad; si hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor debe moderarse en atención a su grado de participación (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1-2-03).

El contenido de este derecho se proyecta, cuando menos, sobre dos ámbitos esenciales:

1. Defensa jurídica del empleado público, a través de los servicios jurídicos de la Administración, propios o externos.
2. Cobertura de responsabilidades frente a terceros. La Administración en relación con sus funcionarios, puede concertar operaciones de seguro que tengan por objeto garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo (Ley de Protección de Riesgos Laborales, art.15.5).

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

- A su vez, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.(CP), establece en su artículo 121, lo siguiente :

> *"Artículo 121.*
> *El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.*
>
> *Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario."*

Este precepto establece la responsabilidad civil ex delicto directa de autoridades y personal al servicio de la corporación siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, en defecto de solvencia del infractor, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. En el caso que nos atañe, el interesado ha resultado provisionalmente absuelto, por lo que, a priori, no habría lugar a esa respuesta subsidiaria de la Administración en relación con lo juzgado.

Hay que destacar que esa responsabilidad penal que se analiza debe derivar exclusivamente de los hechos delictivos (infracciones penales, como omnicomprensivas de delitos y faltas: SSTS. 26/09/1997 y 24/10/1997) realizados con ocasión del ejercicio del respectivo cargo, quedando al margen de esta específica responsabilidad penal los delitos que se pudieran cometer de forma no vinculada al ejercicio de aquél

- En último término, reseñar en este apartado que el Acuerdo Marco de Personal Funcionario de la Diputación Provincial de Córdoba 2016-2019, actualmente en situación de prórroga, no contempla especialidad alguna respecto del derecho genérico de todos los empleados públicos previsto en el artículo 14.f) TREBEP, a excepción de determinadas atenciones en relación con algunos supuestos de sanciones gubernativas o judiciales previstas en el artículo 53 de aquél que no guardan relación alguna con el asunto que es objeto de este informe, por lo que, a tales efectos, habrá que remitirse a la legislación a que hemos hecho referencia.

SEGUNDO.- No obstante la amplitud con que parece que la legislación específica ha reconocido el derecho a la defensa jurídica de los empleados públicos, que en un momento

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

dado bien podría haber servido de base para hacer una interpretación lo suficientemente amplia como para que pudiera reconocerse igualmente el abono a éstos de los gastos judiciales derivados de pleitos en los que los funcionarios ocuparen la parte procesal demandante o denunciante; lo cierto es que en la realidad de la práctica judicial ha primado una interpretación ciertamente restrictiva, quizás derivada de la vis atractiva de la interpretación jurisprudencial del derecho de defensa de que disponen los cargos electos municipales.

En relación con este asunto se hace necesario pues puntualizar diversas cuestiones que vienen a matizar el derecho individual a que se refiere el artículo 14 f) TREBEP :

1.- Por un lado, la doctrina dimanante de la importante y relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002, en la que se fijaron los requisitos que han de darse para que una Corporación local deba asumir los gastos de representación y defensa de sus miembros electos en el ámbito de un proceso penal –extensible al resto de empleados públicos de ésta- y que, de forma sucinta, viene a concretarse en los siguientes :

> *1º. Que hayan sido causados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta.* ***Estos gastos deben entenderse, en principio, que se tratan de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones****, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.*
>
> *2º. Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político* ***o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así****.*
>
> *3º. Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o de su carácter ilícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas.* ***De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurran causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanan del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal****."*

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

2.- De otro lado que, como ha venido a reconocer el Tribunal Supremo, la Entidad local puede hacer uso de su autonomía local para fijar e incluir dentro del concepto de indemnización y gastos de honorarios de abogado y procurador en los que haya incurrido un cargo público, siempre y cuando se den los requisitos configurados jurisprudencialmente (tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de dicha autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurran circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local-). Si bien, como puede comprobarse, ni legal ni jurisprudencialmente existe una respuesta clara y pacífica a este respecto, puesto que al ser una potestad de la respectiva corporación local, parece que se deja al arbitrio de ésta la decisión de abonar dichos gastos o no. Circunstancia ésta que, como ya hemos anotado en el punto anterior, al menos en cuanto a los derechos en favor de los empleados de la entidad surgidos de la negociación colectiva (Acuerdo Marco), no se tiene constancia de que exista, ello sea dicho siempre sin perjuicio de que la voluntad corporativa pudiera estimar en cualquier momento que se tiene derecho a ello por cualquier empleado o miembro de la corporación sin más.

En resumen, conforme a lo que manifiesta el Defensor del Pueblo Andaluz, en Informe 15/5393, tanto la doctrina administrativa como la judicial destacan que la asunción del deber público de representar y defender a las autoridades y personal públicos, en el ejercicio de sus funciones, tiene una doble razón de ser: por un lado salvaguardar la imparcialidad y la objetividad de los servidores públicos y por otro preservar el interés general que subyace en toda actuación administrativa desplegada por dicho colectivo de servidores públicos.

TERCERO.- A la vista de los datos que constan en la solicitud presentada por el interesado, el solicitante es empleado público de la corporación provincial y, según consta en el cuadrante de personal de la misma, actualmente es Ingeniero de Caminos del Servicio Provincial de Ingeniería Civil del Área de Asistencia Técnica a los Municipios, por lo que, con independencia de que éste tenga carácter estatutario o laboral dentro de la plantilla de personal de la entidad, le resultan de aplicación las disposiciones y términos a que hemos referencia en materia de indemnizaciones del personal al servicio de la AA.PP., y obviamente, más en concreto, respecto de la corporación provincial.

En este sentido señalar que, respecto de dicha cualidad, y en relación con el derecho penal, el apartado 2º del artículo 24 CP, considera funcionario público a "*...todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*.". Conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «*la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública sino que ha de atenderse al artículo 119 (actual 24) del Código penal, que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

1992), habiéndose así comprendido «*los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992), así como interinos y sustitutos (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 octubre de 1991 y 1183/1993, de 20 de mayo). En definitiva, «*el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública* (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002)*, a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto*» (Sentencia del Tribunal Supremo 1590/2003, de 22 de abril).

Dicho lo anterior, y a la vista de cuanto se ha expuesto en los apartados anteriores, procede pues analizar las circunstancias del caso a la luz de las premisas tanto legales como jurisprudenciales a que nos hemos referido así como aquellas otras que igualmente se exponen en las siguientes puntualizaciones :

I.- En primer lugar, hay que decir que el interesado, tal cual resulta de la documentación que acompaña a su escrito, se vió imputado en una causa por un presunto delito de "cohecho" continuado, sobre la base de determinadas acciones que presuntamente pudiera haber cometido respecto de cierta sociedad mercantil.

El delito de cohecho esté tipificado en el artículo 419 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.(CP), dentro del Capítulo V del Título XIX "Delitos contra la Administración Pública", que dispone lo siguiente (tras la reforma de la LO 1/2015) :

> *"Artículo 419.*
> *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito."*

Es decir, resulta indiscutible que el delito que se imputaba desde un primer término al interesado por el Juzgado de Instrucción respectivo era un delito que traía causa de la cualidad de funcionario o autoridad de éste, sobre la base -como el dice el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando se refiere a dicho art. 419 CP- de que se "*tipifica la conducta del funcionario que recibiere dádiva por realizar una acción u omisión en el ejercicio del cargo que constituya delito o con alternativamente, un delito de cohecho si la conducta de recibir va asociada a realización de un acto injusto que no constituya delito relativo al ejercicio de su cargo que conforma el artículo 420 del mismo Código Penal, por*

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

haber realizado irregularidades a cambio de percepciones económicas de la empresa Fitonovo, S.L.".

El delito de cohecho del artículo 419 CP requiere como elemento subjetivo que el autor sea funcionario público; y desde el punto de vista objetivo, que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo. Por su parte, la acción estriba en solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a un comportamiento esperado. Desde la reforma operada por LO 5/2010 para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo (o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar). No es preciso que la acción redunde en beneficio del autor, que puede actuar a favor de un tercero. Los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. "*Relativo*" es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado (STS nº 186/2012, de 14 de marzo). En palabras de la STS nº 504/2003 de 2 de abril «*no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho*».

En términos doctrinales el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos (STS de 27 de noviembre 2006). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal. Desde esta perspectiva se puede afirmar que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar las diferentes conductas es atender no sólo la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, que es común a todas las modalidades del cohecho, sino también a la defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa.

II.- En segundo lugar, a la hora de estudiar la petición que se eleva por el funcionario de referencia, nos tenemos que remitir en primer término a lo que el Tribunal Supremo, en su importante Sentencia de 4 de febrero de 2002, argumentaba en su F.J. 3º,, no ya en tanto en cuanto a los tres requisitos que ésta exigía para estimar procedente una petición en tal sentido, los cuales ya hemos analizado en el presente informe, sino a otras cuestiones conexas que revisten asimismo vital importancia como es el hecho de que, en ese mismo F.J.3º, el Alto Tribunal exponía que : "...*El carácter suficiente o no de la exculpación o absolución para determinar el carácter indemnizable de los gastos de representación y defensa debe ser apreciado en cada caso examinando las circunstancias concurrentes a tenor de las decisiones adoptadas por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal*.". Es decir, viene a

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

decir este tribunal que cada caso debe ser objeto de un tratamiento individualizado en orden a las circunstancias que intervienen en el mismo en virtud de la decisiones judiciales que se adopten.

En el presente caso, el funcionario interesado, en orden a lo dispuesto en el Auto 220/2018, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resulta absuelto -aunque cabría decir mejor exculpación- no porque haya recaído sentencia judicial firme que así lo declarase, sino por efecto de la estimación de un Recurso de Reforma interpuesto por aquél, a tenor de lo cual dicha AN acordó el sobreseimiento parcial de las actuaciones y provisional en lo que al interesado recurrente se refería (entiéndase ésto en el sentido de que, si con motivo del curso del resto de actuaciones que continúan dentro del proceso judicial dimanase la posible responsabilidad de este recurrente respecto de las acciones que en principio se le imputaban, pudiera reactivarse la causa contra el mismo y continuar con las actuaciones respectivas, ello sin perjuicio de cómo la propia AN advierte en el Auto de referencia, cupiera aplicar el instituto de la prescripción de respecto de aquellas acciones).

A resultas de ello, en el asunto planteado, el interesado insta de la corporación provincial la indemnización correspondiente a los gastos de defensa y representación asumidos por éste en las respectivas actuaciones judiciales sucedidas desde lo instruído por el Juzgado de Instrucción Núm. 6 de Sevilla, con derivación posterior al Juzgado Central de Instrucción Núm. 5, dando lugar a las diligencias previas del PROA Núm. 74/2015, hasta el Auto de sobreseimiento parcial de 11 de mayo de 2018, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, basándose para ello en los artículos 14 del TREBEP, 75.4 de la LRBRL y 13.5 del ROF (los cuales hemos tenido ocasión de examinar en puntos anteriores).

Para la determinación del posible derecho que pudiera asistir al interesado a la hora de que por la corporación provincial se pudiera o no reconocer la indemnización que éste reclama por las circunstancias expuestas, entendemos hace necesario un planteamiento en un doble sentido :

A.- En primer término, la determinación si la protección que el interesado insta de la entidad provincial trae causa o es como consecuencia del ejercicio legítimo de las funciones realizadas por el funcionario, pues recordemos que tanto el artículo 141 del RD Legislativo 781/1986 (TRRL) como el artículo 14 -f) del TREBEP así lo exigen. Y sólo cuando se dé esa circunstancia la Administración viene obligada a proteger a su funcionario, como así se pone de manifiesto por TSJ Baleares, en Sentencia de 31-10-2018 (Rec.235/2018).

A nuestro juicio, examinados los requisitos uno y dos que establece la referida STS de 4 de febrero de 2020, y sin perjuicio de que se imputaba al interesado un delito de cohecho -unido fundamentalmente a la condición de funcionario de éste- vemos que pudiera existir una cierta divergencia respecto de la exigencia explícita que dispone el Alto Tribunal en tanto en cuanto que la intervención no haya sido llevada a cabo en convergencia con intereses particulares propios del interesado susceptible de ser discernidos de los intereses propios de la Corporación provincial; y es que, a priori, a

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

nuestro modo de ver, la imputación en origen que se realizó contra el interesado de referencia nacía de la posibilidad de que éste se hubiese lucrado de forma particular en orden a posibles actuaciones de favoritismo hacia determinada empresa mercantil, lo que, en el fondo, discernía de los intereses propios de la entidad provincial a la que éste presta servicios. Es decir, en tal caso, la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así, y aunque, a la postre, se haya sobreseído parcialmente el asunto por estimar la Sala de lo Penal de la AN la falta de afianzamiento de la resolución inculpatoria por motivo de la escasa relatividad de los hechos e indicios puestos de manifiesto por la instrucción.

B.- En segundo término, entra en juego otra circunstancia de extrema importancia que surge del hecho de verificar de si el interesado, desde un primer momento, solicitó o no la defensa y representación de la Diputación Provincial con motivo de su imputación en los hechos que se denunciaban.
En este sentido cabe recordar que, con arreglo a la Sentencia del TSJ Andalucía, de fecha 10 de febrero de 2000, en el supuesto de que un empleado público solicite la asistencia jurídica garantizada en el TREBEP como derecho individual, por una petición de responsabilidad penal (imputación) que le efectúa un tercero, ésta siempre deberá tener presente y analizar los siguientes aspectos : 1. - Que la misma proceda como consecuencia del desempeño de sus funciones. 2. - Que no entre en contradicción con los intereses de la Entidad a la que presta servicios. Y si cumplen esas condiciones objetivas, la regla general, según la Sentencia del TSJ Andalucía, de 3 de septiembre 2001, *...supone la prestación de la asistencia jurídica desde un primer momento, mediante la previa solicitud, por los servicios jurídicos de la propia Entidad Local o aquel abogado externo que se designe en los términos establecidos por el texto del Convenio o acuerdo de condiciones de trabajo de cada Corporación, y a falta de los mismos, como establezca el Ayuntamiento o se pacte expresamente.*

Incidiendo en esta determinante cuestión, y en apoyo de la premisa de la necesariedad de que el funcionario afectado se encontraba en la obligación de instar de la entidad donde prestaba servicios o bien de que ésta se hiciese cargo de su defensa y representación en el proceso judicial a través de sus propios servicios o bien la previa autorización de ésta para acudir a dicha defensa y representación por privado, resulta de relevancia la Sentencia de 5 Dic. 2002 (Rec. 142/2001), de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, en cuanto que se manifiesta en los siguientes términos :

"Examinando la cuestión bajo el prisma alegado en vía administrativa, aun cuando el artículo 13 del RD 2568/96 (LA LEY 348/1997) permite que los miembros de las corporaciones locales sean indemnizados por los gastos ocasionados por el ejercicio de sus cargos, ni qué decir tiene que se trata de un derecho sujeto a regulación y no absoluto. Efectivamente, será a través de la oportuna reglamentación municipal de las retribuciones, indemnizaciones y dietas cuando se regulará y materializará este derecho. Pero aún cuando no existiese esta reglamentación, resulta obligado rechazar

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

cualquier reclamación si se ha generado el gasto de que se trate al margen de los servicios prestados por el municipio. Dicho de otro modo y para el caso que nos ocupa lo que no puede hacer la parte recurrente es, prescindiendo de los servicios jurídicos municipales, cuya imposibilidad material de hacerse cargo de su defensa jurídica no ha acreditado en autos (derecho que le es reconocido por el artículo 18.6 del convenio celebrado entre la corporación y sus funcionarios), contratar por su parte a determinados profesionales y pretender luego el reintegro de sus altísimos honorarios. Nótese que esos honorarios ni tan siquiera han sido discutidos a los profesionales que los proporcionaron. Por otro lado el préstamo solicitado es de una cantidad algo superior al importe de aquellos. Resulta una cuestión absolutamente equiparable a pretender el abono de unas dietas superiores a las reconocidas reglamentariamente, bajo la excusa de haberse tenido unos gastos superiores por las causas que sean. Aún cuando en supuestos excepcionales cabe acudir a la figura del contrato de consultoría y asistencia y de servicios, en el presente supuesto en absoluto cabe considerar que se ha seguido esta posibilidad."

En parecidos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en Sentencia de 7 Abr. 2005 (Rec. 1807/2000), venía a manifestarse :

"Tales son los hechos acaecidos y ellos determinan que no pueda válidamente entenderse que la Entidad desatendió la defensa del funcionario en el proceso penal señalado, sino que éste último decidió designar Procurador y Abogado de su elección para proveer a su representación y defensa en dicha causa penal, lo que no permite pedir el abono de los honorarios abonados al Letrado particular actuante de su propia elección.".

También resulta de bastante relevancia, en cuanto que el ejercicio de la defensa jurídica, ya sea por Letrado de la entidad o por Letrado externo, debe ser previamente autorizado por la Administración que asuma la defensa del funcionario; la Sentencia del TSJ Madrid de 30 noviembre de 2001, según la cual:

"El hecho de que no haya constancia expresa no puede ser bastante para excluir la obligación de retribuir los servicios profesionales prestados a favor de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, a cuya defensa está obligada la Administración, en primer lugar, porque el derecho de defensa letrada es un derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, que si no lo hubiera designado la parte, lo habría hecho de oficio el Tribunal; en segundo lugar, porque del expediente administrativo se deduce una autorización tácita por parte de la Administración, en cuanto (...) figura una comunicación (...), del Director del Gabinete de Asuntos Legales, de la entonces Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado, «para su conocimiento y entrega al Letrado designado por los funcionarios (...)» por la que se adjunta copia de aval garantizando el pago de las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse (...). Y de esta comunicación se deduce una clara aceptación, por la Administración, de la

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01

designación de Letrado efectuada por los funcionarios, lo que le obliga a la retribución de los servicios profesionales prestados, de los que también se aprovechó la Administración pues, al resultar absolutoria la sentencia, ninguna responsabilidad civil subsidiaria podía recaer sobre el Estado. En todo caso, ninguna actuación se ha acreditado por la Administración, encaminada a facilitar a los interesados la asistencia letrada gratuita a que tenían derecho, a lo largo de los varios años que duró el procedimiento."

De todo lo cual, se deduce con meridiana claridad que el funcionario no puede contratar por su cuenta a un Abogado libremente y luego pasar la minuta a la Entidad Local si no cuenta con la autorización, sea expresa o tácita, de ésta.

En el supuesto que estamos analizando no queda acreditado por el interesado, ni asimismo consta al que suscribe, que dicho funcionario contara con la autorización previa -ya fuera expresa o tácita- de la corporación provincial para que acudiera a Letrado y Procurador externo para la defensa y representación en el procedimiento judicial donde se vió en calidad de imputado. No consta igualmente -o al menos se desconoce tal circunstancia por el suscribiente- que dicho funcionario solicitara en su momento que tales actuaciones fueran prestadas por parte de los Servicios Jurídicos provinciales, y de que éstos rechazaran tal petición -expresa o tácitamente- por las circunstancias que fuesen.

A tenor pues de cuanto se ha expuesto en este informe, y en resumidas cuentas, a modo de conclusión, a juicio del que suscribe, a salvo de que se pudiese acreditar de contrario por parte del interesado lo indicado en este último apartado B, y sin perjuicio de otras posibles interpretaciones que pudieran acogerse en relación con lo expuesto en éste y en apartado precedente, se entiende no ha lugar al reconocimiento del derecho instado por el funcionario solicitante en orden a que le sea abonada indemnización por importe de los gastos de defensa y representación ocasionados por la intervención de Letrado y Procurador externos en el proceso judicial ya referido.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a *(fecha y firma electrónica)*
El Consultor Técnico jurídico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.

Código seguro de verificación (CSV):
3ECB 2E09 3588 8D3C FB7F
3ECB2E0935888D3CFB7F
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/4/2020
pie_firma_conto_dipu_01