



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de enero de 2010, x, y, z.. presentan solicitud de revisión de oficio del tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, turno libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda.

Las solicitantes, aspirantes a acceder a dicho Cuerpo funcional, afirman que realizaron el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, cuyo desarrollo y resultados han sido objeto de diligencias de investigación criminal a resultas de la querrela interpuesta por algunos opositores, sobre la base de una posible revelación del contenido del examen, con carácter previo a su realización, a un número indeterminado de opositores.

Como consecuencia de la instrucción penal seguida, se dictan sendos autos de sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción, primero, y de la Audiencia Provincial, resolviendo recurso interpuesto frente al primero, que afirman que la revelación del contenido del examen se produjo y que, por tanto, hubo delito.

Comoquiera que en el desarrollo del tercer ejercicio se cometió el delito consistente en la revelación anticipada del contenido del examen a unos opositores, las interesadas consideran que dicho tercer ejercicio estaría afecto de las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1, letras a) y d) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en cuya virtud, serán nulos de pleno derecho los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (letra a) y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (letra d).

En relación con el primer motivo de impugnación, alegan las interesadas que la revelación anticipada del contenido del examen a algunos aspirantes vulneró el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad y capacidad.

Concretan su pretensión en la declaración de nulidad del indicado ejercicio y que se proceda a su repetición.

**SEGUNDO.-** Los hitos fundamentales del proceso selectivo a que se refiere la solicitud de revisión de oficio (extraídos del Dictamen de este Consejo Jurídico número 157/2008, relativo a otro procedimiento de revisión de oficio del mismo ejercicio) son los siguientes:

1. Por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda, se convocan pruebas selectivas para cubrir 67 plazas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional por el turno de promoción interna y 125 plazas por el turno de acceso libre.
2. Tras la realización de los dos primeros ejercicios, en fecha 16 de abril de 2005 se efectúa el tercer examen de las pruebas, por el turno de acceso libre.

El ejercicio consistía en una prueba que evaluaba la suficiencia y los conocimientos avanzados en la utilización de las herramientas de tratamiento de textos (word) y hoja de cálculo (Excel) incluidas en el paquete Office 2000. Dicha prueba se realizó mediante un cuestionario de 60 preguntas con tres respuestas alternativas, de las cuales solamente una de ellas podía ser considerada como válida.

3. La Resolución provisional de 21 de abril de 2005 del Tribunal calificador, publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio. De todos los opositores que realizan el ejercicio 245 lo superan, 321 no.

4. A la vista de los resultados obtenidos en el tercer ejercicio y de las denuncias verbales expresadas por algunos aspirantes sobre presuntas irregularidades en el acto de unión de cabeceras, en las que se aludía a filtraciones del contenido del examen, mediante Orden de 22 de abril de 2005 de la Consejería de Hacienda se abre un período de información previa, encomendándose su instrucción al Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública.

5. En fecha 18 de mayo de 2005, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se suspende el procedimiento selectivo por el turno de acceso libre, exponiéndose al día siguiente en el tablón de anuncios de la Dirección General de Función Pública.

6. El 30 de mayo de 2005 la Consejería de Economía y Hacienda ordena dar traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones llevadas a cabo en el periodo de información previa iniciado por Orden de 22 de abril de 2005, por si algunas de las actuaciones o comportamientos realizados en el proceso selectivo fuese constitutivo de ilícito penal.

7. El 22 de junio de 2005 se inicia el proceso penal por los hechos que resultan de las diligencias 2971/05 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia, incoadas en virtud de querella por la presunta comisión de los delitos tipificados en el Capítulo IV del Título XIX, en concreto delitos contra la Administración Pública tipificados en los artículos 418 (aprovechamiento de secreto o información privilegiada) y 419 (cohecho para la realización u omisión en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutivas de delito) del Código Penal.

8. Tras la práctica de las oportunas diligencias de investigación, el juez instructor acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, al considerar que los hechos no revestían caracteres de infracción penal.

9. El auto de sobreseimiento y archivo fue objeto de posterior recurso de reforma, que fue desestimado, así como de apelación, resuelto en el Rollo 180/05 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo estima y ordena continuar la investigación por la Policía Judicial hasta el total esclarecimiento de los hechos y la determinación de su autor o autores.

10. Las diligencias judiciales se reabrieron en fecha 12 de abril de 2006, acordándose oficiar a la Policía Judicial para la práctica de las pruebas en torno a poder averiguar las personas que pudiesen haber tenido un contacto con el tercer examen desde que se elaboró por parte del Tribunal hasta su celebración, la relación de parentesco o personal que pudiese concurrir entre algunos de los miembros del Tribunal y los opositores aprobados, especialmente entre los que obtuvieron puntuaciones idénticas o similares, así como la indagación del elevado número de opositores que lograron calificaciones muy altas.

11. Tras las actuaciones judiciales practicadas, se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Murcia, de fecha 23 de mayo de 2008, acordando el sobreseimiento provisional en base al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su Fundamento Jurídico Sexto, concluye el auto que *"se puede llegar a la conclusión ya reiterada de que la revelación del contenido del examen se realizó, aunque se desconoce quién fue el autor o los autores de tal conducta y por ello es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 789.1 y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone como causa del mismo, cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores". Esta resolución de sobreseimiento provisional por falta de determinación del autor o autores que hayan cometido el delito deberá ser notificada a la Administración autonómica, pues sería vinculante y con una posible consecuencia inevitable, que consiste en que el examen tercero de informática de la oposición que es objeto de esta investigación debe declararse nulo, y le corresponde a la citada Administración, una vez que conozca las conclusiones de esta investigación penal, el adoptar la decisión correspondiente, que pasaría por no dar validez a este tercer examen. Esto debe ser así en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.d) LPAC, donde se dispone que los actos de tales administraciones serán nulos de pleno derecho cuando sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta".*

12. Por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 18 de julio de 2008, se acuerda iniciar

procedimiento de revisión de oficio del tercer ejercicio de las pruebas selectivas.

13. El 1 de octubre, este Consejo Jurídico emite Dictamen 157/2008, que concluye señalando la necesidad de efectuar las siguientes actuaciones: a) otorgar nuevo trámite de audiencia, mediante notificación individual a cada uno de los interesados en el procedimiento; b) indagar acerca de la firmeza o no del auto de 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia; y c) formular una nueva propuesta de resolución que se pronuncie de forma expresa acerca de las pretensiones indemnizatorias planteadas por los interesados.

14. Por Orden de 29 de octubre de 2008 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, se da por finalizado el procedimiento de revisión de oficio iniciado por la de 18 de julio de 2008, al no haber adquirido firmeza el Auto de 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, permaneciendo la suspensión del proceso selectivo acordada por Orden de 18 de mayo de 2005.

**TERCERO.-** Por Auto núm. 371/09, de 31 de julio, la Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso de apelación interpuesto por diversos opositores frente a Auto de 27 de noviembre de 2008, por el que el juzgado instructor desestimó sendos recursos de reforma interpuestos frente al de 23 de mayo anterior.

Señala la Sala que *"sin duda, un grupo de opositores contó con las preguntas o con las respuestas del examen (...). En cualquier caso, es preciso reseñar que a pesar de no haber podido concretar la presunta participación -dolosa- de alguno de los funcionarios públicos imputados, ello no significa que no se haya cometido infracción penal alguna. En efecto, de las diligencias de investigación practicadas se aprecia que la filtración existió (...) ante la falta de concreción del sujeto o sujetos activos del ilícito no es posible realizar una concreta calificación jurídica de los hechos, sin embargo ello no empece para que se considere que se reveló el contenido del examen, es decir, que al menos uno de los delitos mencionados se perpetró"*.

Del mismo modo, *"el Tribunal considera ajustada a Derecho la comunicación del Auto recurrido a la Administración Autonómica para que actúe en consecuencia, siendo cuestionables los corolarios de dicha notificación, en su caso, por otras vías y en otros órdenes diferentes"*.

Este Auto es firme conforme a la certificación librada al efecto por la Secretaria Judicial de la Audiencia Provincial y que consta al folio 159 del expediente administrativo.

**CUARTO.-** Mediante notificación postal cursada el 1 de febrero de 2010, se confiere trámite de audiencia a los aspirantes que se presentaron a la realización del tercer ejercicio de las pruebas selectivas. En el BORM de 4 de marzo siguiente y en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes, se publica edicto en cumplimiento de lo establecido en el artículo 59.5 LPAC, respecto de aquellos interesados a quienes no ha sido posible practicar la indicada notificación individual.

**QUINTO.-** Consta en el expediente que 134 interesados han presentado alegaciones, tanto adhiriéndose a la revisión solicitada como manifestando su oposición a la misma.

Estas últimas, se fundamentan, en esencia, en los siguientes motivos:

a) Ausencia de acto revisable, pues se pretende dejar sin efecto una resolución provisional del Tribunal Calificador, que carece de los requisitos exigidos por el artículo 102.1 LPAC para que un acto administrativo sea objeto de revisión de oficio.

b) La aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d) LPAC exige la declaración de existencia de infracción penal en un pronunciamiento condenatorio que adopte forma de sentencia, no siendo suficiente a tal efecto un mero auto de sobreseimiento provisional.

c) El Auto del Juzgado en el que se declara que se produjo la filtración del contenido del examen incurre en numerosos errores e imprecisiones.

Los alegantes, por otra parte, apuntan efectos diversos a la revisión de oficio, caso de ser acordada, solicitando:

- a) Que la revisión no alcance a todo el tercer ejercicio de las pruebas, sino sólo a los de los aspirantes que se beneficiaron de la filtración.
- b) Que se repita el tercer ejercicio pero sólo entre quienes obtuvieron una nota igual o superior a 5 puntos en la resolución provisional sometida a revisión, pues únicamente a los aprobados podría considerarse que se beneficiaron de la filtración, de modo que los suspensos lo habrían sido por su propia incapacidad y no por la revelación anticipada del contenido del examen. Con ello se evitaría, asimismo, dar una segunda oportunidad a quienes no pudieron aprobar en su momento.
- c) Que se anule el tercer ejercicio pero que no se repita su realización, sino que se declare finalizada la fase de oposición con el segundo ejercicio y se pase a la fase de concurso.
- d) Que la revisión afecte a todos los ejercicios de las pruebas, es decir, también al primero y al segundo.

Elemento común a buena parte de las alegaciones, de quienes aprobaron el ejercicio y ahora se enfrentan a la posibilidad de tener que volver a realizarlo, y de quienes no lo aprobaron, es tanto la solicitud de incoación de expediente disciplinario contra los miembros del Tribunal Calificador como la solicitud de ser indemnizados por el daño moral consistente en el padecimiento psicológico a que se han visto sometidos durante los más de cinco años de suspensión del procedimiento selectivo. Algunos interesados, los menos, también reclaman por los gastos de preparación de las oposiciones (temarios, academias) y honorarios de asistencia letrada.

**SEXTO.-** El 22 de abril de 2010, la Dirección General de Empleo Público elabora propuesta de resolución estimatoria de la revisión de oficio instada y la desestimación de las pretensiones indemnizatorias formuladas por los interesados que se han personado en el procedimiento. Considera la propuesta que el acto cuya revisión se pretende está incurso en las causas de nulidad establecidas en el artículo 62.1, letras a) y d) LPAC. Para alcanzar esta conclusión, el órgano proponente se basa en los pronunciamientos de la jurisdicción penal, que de forma tajante declaran que se produjo una infracción penal durante el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, al revelarse de forma anticipada su contenido.

Considera la propuesta, asimismo, que es suficiente la expresa declaración de existencia de delito contenida en los autos de sobreseimiento provisional dictados por la jurisdicción penal para aplicar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra d) LPAC, aunque el proceso penal no haya finalizado por sentencia condenatoria.

Asimismo, considerando que se ha producido esa filtración, se razona que ello puso en situación de ventaja a unos opositores respecto de otros, no demostrando aquéllos mérito o capacidad alguna para el acceso a la función pública, por lo que se estiman vulnerados los principios constitucionales rectores de dicho acceso, de igualdad, mérito y capacidad.

Rechaza asimismo, la propuesta, las pretensiones indemnizatorias de los interesados que han comparecido en el procedimiento con ocasión del trámite de audiencia, al considerar que los aspirantes en el proceso selectivo no adquieren derecho subjetivo alguno cuya privación pueda generar derecho a su resarcimiento, sino hasta el momento en que resultan seleccionados y nombrados funcionarios, lo que aquí todavía no ha ocurrido. Considera, asimismo, que la excesiva tardanza en poner fin al procedimiento selectivo no le es imputable a la Administración regional, cuando la Administración de Justicia ha invertido más de cuatro años en finalizar el proceso penal iniciado en el año 2005 y que, en cualquier caso, los interesados vendrían obligados a soportarlo.

Respecto del daño moral alegado, afirma que se encuentra huérfano de prueba y que no sería imputable a la Administración regional.

**SÉPTIMO.-** El 3 de mayo de 2010 el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la revisión.



**OCTAVO.-** Consta en el expediente un "texto autorizado" de "Orden de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas en relación con el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, instado por x, y, z., con objeto de que se proclame la nulidad de pleno derecho del tercer ejercicio de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, por el turno de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda (BORM de 13 de julio,), correspondientes a la OEP 2004". Este texto, fechado el 7 de mayo, está firmado por la titular de la Consejería.

**NOVENO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 20 de mayo, en sentido favorable a la revisión propuesta, al considerar concurrentes en la actuación del Tribunal Calificador las dos causas de nulidad en que se fundamenta la impugnación de las interesadas.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 21 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y determinante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

### **SEGUNDA.-** Procedimiento y conformación del expediente.

#### 1. Legitimación activa.

La revisión de oficio ha sido instada por cuatro aspirantes que no superaron el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, de conformidad con la resolución provisional que es objeto de la revisión, con fundamento en la vulneración de un derecho fundamental como es el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23 de la Constitución) y solicitando la repetición de dicho ejercicio, como titulares de un interés legítimo en la regular terminación de las pruebas selectivas en las que participan. Ello les confiere la condición de interesadas (art. 31.1, letra a, LPAC) y, en consecuencia, legitimación activa para impugnar dicho acto a través de esta vía excepcional que es la revisión de oficio ex artículo 102 LPAC.

#### 2. Requisito temporal.

El acto administrativo impugnado por las interesadas mediante la acción de nulidad que da lugar al presente procedimiento de revisión de oficio es "el tercer ejercicio de las pruebas selectivas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración regional, por el sistema de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda", cuyo resultado se plasma en la Resolución Provisional del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, por el turno de acceso libre, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se publica la relación

de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio. Esta resolución data de 21 de abril de 2005.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquélla puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

### 3. Procedimiento.

La revisión de oficio se ha iniciado a instancia de parte y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia a los interesados, se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se ha formulado propuesta de resolución. Ello no obstante, procede efectuar las siguientes consideraciones:

a) En el Dictamen 157/2008, de este Consejo Jurídico, evacuado durante la tramitación de un anterior procedimiento de revisión de oficio, con idéntico objeto que el presente, y que fue iniciado por la propia Administración regional tras tener conocimiento del Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, se indicaba a la Consejería proponente la necesidad de indagar acerca de la situación procesal del auto en cuestión, para aclarar si había alcanzado firmeza o no, a los efectos de poder establecer la revisabilidad del último acto dictado en el procedimiento selectivo, la resolución provisional del Tribunal Calificador y, con ella, del resto de actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio, conforme a lo que se indicaba en la Consideración Segunda de dicho Dictamen.

El 5 de noviembre de 2008 se publica en el BORM la Orden de 29 de octubre de ese mismo año, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, que da por finalizado el indicado procedimiento de revisión al no haber adquirido firmeza el Auto. Como se advertía en la Consideración Cuarta del Dictamen 157/2008, el acuerdo del órgano instructor por el que se suspendía el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución del indicado procedimiento de revisión de oficio, iniciado por Orden de 18 de julio de ese año, en tanto que adolecía de defectos en su notificación, no producía efectos, por lo que el plazo de tres meses que, para la resolución del procedimiento de revisión, establece el artículo 102.5 LPAC, ya había expirado a la fecha en que se dicta la indicada Orden de 29 de octubre. Ello determina que lo procedente habría sido declarar la caducidad de aquel procedimiento de revisión y no acudir a una singular forma de terminación del procedimiento, no contemplada en el artículo 87 LPAC.

b) Según consta al folio 159 del expediente, la Administración regional tiene conocimiento de la firmeza del Auto el 30 de noviembre de 2009, fecha de entrada en un registro de la Comunidad Autónoma de la diligencia extendida al efecto por la Secretaría de la Audiencia Provincial de Murcia. Sin embargo, no incoa un nuevo procedimiento de revisión de oficio, sino que espera a que sean las interesadas quienes lo promuevan. Ha de recordarse a la Consejería proponente que de los términos imperativos en que se expresa el artículo 102.1 LPAC, la Administración pública viene obligada a declarar de oficio la nulidad de aquellos de sus actos en los que concurra alguna causa de nulidad del artículo 62.1 LPAC, por lo que, una vez conocida la firmeza del pronunciamiento jurisdiccional, debía haber iniciado, sin dilación y *motu proprio*, el procedimiento revisorio.

4. A los folios 1226 y siguientes consta el texto autorizado de una Orden de la Consejería consultante por la que se estima la revisión de oficio instada por las interesadas.

Debe advertirse que, en orden a evitar posibles confusiones, la copia autorizada que, de conformidad con la normativa reguladora de este Órgano Consultivo (art. 46.2,c,1º del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, en adelante RCJ), ha de acompañar a la consulta, lo es del texto definitivo de la propuesta del acto, no de la resolución en sí.

Por otra parte, se ha omitido el extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2, letra b) RCJ.

### **TERCERA.- El acto objeto de revisión.**

Las peculiaridades del acto (el tercer ejercicio de las pruebas selectivas) cuya declaración de nulidad se pretende por las actoras, y las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia por numerosos interesados acerca de la imposibilidad de su revisión, por no reunir los requisitos que al efecto establece el artículo 102.1 LPAC, aconsejan reiterar lo que este Consejo Jurídico ya señaló al respecto en Dictamen 157/2008.

El artículo 102.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos del artículo 62.1 de la misma.

La actuación que se pretende revisar, en la que cabe incluir tanto la preparación y realización del tercer ejercicio de las pruebas selectivas como la resolución provisional del Tribunal Calificador por la que se declaran las calificaciones obtenidas por los aspirantes que han realizado dicho ejercicio, no son actos que pongan fin a la vía administrativa. De hecho, ni siquiera cabría considerarlos como definitivos.

El primero de ellos podría calificarse como mera actuación material, lo que, de conformidad con la doctrina establecida por la sentencia de 8 de octubre de 1993, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, excluiría la posibilidad de su revisión, en la medida en que los preceptos relativos a la revisión de oficio son *"aplicables sólo a los actos declarativos de derechos, que no a las meras actuaciones ejecutivas de los mismos"*.

Ahora bien, lo cierto es que esa actuación material consiste en la demostración de la capacidad necesaria para el acceso al empleo público, constituyéndose en presupuesto básico para el dictado de la resolución provisional, que no puede existir sin aquella primera actuación. El fin de este acto calificador y su causa misma hunden sus raíces en la realización del ejercicio, de forma que puede afirmarse que ambas actuaciones, junto con otras previas a todas ellas, como es el llamamiento o convocatoria al ejercicio más la confección misma de éste por el órgano selectivo, y otra posterior, a saber, la resolución definitiva que debería haber dictado el Tribunal calificador de no quedar suspendido el procedimiento selectivo, constituyen caras o facetas de un mismo acto: el desarrollo de cada ejercicio. Esta concepción del ejercicio como acto complejo parece inspirar también la normativa regional reguladora de los procedimientos selectivos, que agrupa bajo el epígrafe "desarrollo de los ejercicios" todas estas actuaciones tendentes a la determinación del mérito y la capacidad de los aspirantes (base 6.2 de la Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos cuerpos de la Administración Regional).

La plasmación formal de ese acto complejo en que consiste el desarrollo de cada ejercicio y que permite entenderlo ultimado para pasar a la siguiente fase del procedimiento selectivo, es la resolución definitiva por la que el Tribunal Calificador determina qué aspirantes lo han superado y pueden continuar la selección.

Por tanto, en condiciones ordinarias, es decir, si el procedimiento hubiera seguido su curso, el órgano selectivo habría dictado una resolución definitiva aprobando la relación de aspirantes que superaban el tercer ejercicio (base 6.2.6, de la Orden de 17 de junio de 2004). Esta resolución definitiva culmina el desarrollo de cada ejercicio y establece el resultado del mismo en orden a la continuación del procedimiento selectivo. Nos encontramos, pues, ante un acto de trámite cualificado de los contemplados por el artículo 107.1 LPAC, en la medida en que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, al establecer quién puede continuar adelante en el procedimiento selectivo y quién no.

Es necesario recordar aquí que es doctrina del Consejo de Estado que, a efectos de su revisión, los actos de trámite cualificados resultan equiparables a los actos definitivos. En efecto, en el Dictamen 359/1994, analiza la posibilidad de revisar de oficio la propuesta formulada por la Comisión Calificadora para la provisión de una plaza de Catedrático de Escuela Universitaria, convocada por la Universidad de Sevilla. El proceso selectivo se encontraba suspendido ante la denuncia efectuada por uno de los miembros de dicha Comisión. El Alto Órgano Consultivo señala al respecto que *"se pretende, en definitiva, revisar de oficio un acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente, como reconoce, por ejemplo, desde un punto de vista general, el artículo 20.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado"*. La referencia normativa actualizada a día de hoy habría de hacerse al artículo 14.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y



promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuya virtud las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes LPAC.

Ahora bien, sentada la posibilidad de revisar esta resolución definitiva ¿cabe atacar de forma independiente y anticipada los otros actos integrantes del desarrollo del ejercicio, como la resolución provisional o la misma realización material del ejercicio? Considera el Consejo Jurídico que la respuesta a dicho interrogante ha de ser negativa, aunque no con carácter absoluto, pues existen excepciones.

En efecto, cuando el procedimiento avanza por sus trámites y llega a la resolución definitiva, es obvio que sólo esta plasmación última del resultado del acto ha de ser atacable, en aplicación de un principio de concentración procedimental, en cuya virtud habrá que esperar a que se produzca la resolución definitiva para, a través de su impugnación, plantear las discrepancias y evitar así tener que atacar todas y cada una de las actuaciones que se producen durante el desarrollo de cada ejercicio. Se trata, en definitiva, de establecer la trascendencia del acto de trámite respecto de la resolución final del procedimiento, de forma que, cuando el contenido de ese acto esté llamado a ser reproducido o modificado por la resolución final, no sería impugnable de forma autónoma, sino que habría que esperar a esta última, verdadero acto revisable. En este sentido, Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.924, de 7 de febrero de 1985.

Pero, cuando el procedimiento queda excepcionalmente interrumpido por haberse declarado su suspensión y existen fundadas razones sobre la posible existencia de una causa de nulidad en las actuaciones ya efectuadas (procedentes, por ejemplo, de la declaración de existencia de ilícito penal contenida en un auto dictado por un órgano de la jurisdicción penal) mantener la tesis de la inatacabilidad de lo actuado antes de la resolución definitiva, llevaría al absurdo, desde la perspectiva de la economía procesal y del respeto al principio de legalidad, de tener que adoptar nuevos actos a sabiendas de su ilicitud para dejarlos sin efecto a renglón seguido. Cuestión distinta es que el momento procedimental en que se produce la suspensión fuera el más adecuado, pues quizá se actuó con una celeridad excesiva -posiblemente por la voluntad de atajar cuanto antes un posible vicio en la selección-, al acordar aquella cuando ya era inminente la formulación de la resolución definitiva, lo que habría abierto para los interesados las vías ordinarias de impugnación establecidas.

En cualquier caso, señala el Consejo de Estado (Dictamen 3261/2003) que:

*"Los actos que se pretende revisar - los actos relacionados con la convocatoria de febrero de 2003 para exámenes teóricos de piloto, incluida la relación de aprobados de los exámenes teóricos- no han puesto fin a la vía administrativa, puesto que existen actuaciones pendientes, aunque suspendidas por acuerdo de la Dirección General de Aviación Civil que propuso la iniciación del procedimiento de revisión de oficio, de modo que el Tribunal calificador de las pruebas teóricas no ha elevado su resolución definitiva y vinculante para la autoridad convocante de las pruebas.*

*Ahora bien, llevar hasta el límite la exigencia de concluir un procedimiento de concurrencia competitiva hasta el final cuando en sus primeras fases se detectan irregularidades susceptibles de viciarlo puede ser gravoso tanto para los aspirantes como para la propia Administración. En este sentido, el Consejo de Estado ha mantenido una postura flexible en algunos dictámenes (así, por ejemplo, los núms. 359/94, 1.455/94 y 1.157/95) en los que se admite la posibilidad de revisar de oficio un "acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente (...)".*

*En el caso sometido a consulta, la revisión pretendida se proyecta sobre actos de trámite que, como tales no son de los que en términos generales pueden ser objeto de revisión, pero se trata de actos que, aun siendo de trámite, incorporan contenidos de fondo y declarativos, como es la relación de aprobados del Tribunal calificador de la convocatoria de referencia, lo que, a juicio de este Cuerpo Consultivo, permitiría admitir que se trata de actos de trámite "cualificados" y, como consecuencia de ello, susceptibles de revisión de oficio".*

Por ello, considera el Consejo Jurídico que, aunque en el procedimiento selectivo únicamente se haya dictado una



resolución provisional, ésta puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio -como si se hubiera dictado la resolución final-, si existe la certeza de que no va a existir ese posterior acto final resolutorio en sentido estricto, ya que, de no admitir la posibilidad de anular las actuaciones efectuadas durante el desarrollo del tercer ejercicio se carecería de acto que revisar, impidiendo así el restablecimiento de la legalidad. Para tener esa certeza, decíamos en el Dictamen 157/2008, es necesario que la suspensión del procedimiento selectivo, acordada el 18 de mayo de 2005, adquiera carácter definitivo, aspecto que sólo se podría determinar cuando la resolución judicial penal que sirve de causa al procedimiento de revisión no sea modificable por haber adquirido firmeza. Tal firmeza ha sido acreditada y consta en el expediente (folio 159), por lo que nada impide considerar como acto revisable la última resolución del Tribunal Calificador, por la que se publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio, con indicación de las calificaciones obtenidas.

A ello se debe añadir que, de forma coherente con la concepción de dicha resolución como acto administrativo que plasma el resultado del completo desarrollo de un ejercicio, de incoarse la revisión de oficio como consecuencia de la concurrencia de una causa de nulidad ínsita en las actuaciones dirigidas a su dictado, la revisión debería alcanzar a todas aquellas cuya conservación impidiera la depuración del vicio. En este sentido, señala el Consejo de Estado, si bien al amparo de los ya derogados artículos 47 y 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que *"delimitadas, así, las actuaciones cuestionadas, ha de destacarse que las mismas no consisten, en todos los casos, en típicos actos administrativos formales. Es más, el origen esencial de las irregularidades invocadas reside en una actuación puramente material, cual es la preparación, custodia y distribución del cuestionario utilizado en la práctica del primer ejercicio de las comentadas pruebas selectivas. Esa naturaleza material y no típicamente formal de las actuaciones discutidas no es óbice alguno para la aplicación del instituto general de la revisión de oficio, puesto que, a la luz de los principios que inspiran esa figura jurídica y de los objetivos que deben tratar de alcanzarse mediante su aplicación, no existe, a juicio de este Consejo, obstáculo conceptual alguno para cuestionar ese tipo de actuaciones administrativas de índole material"* (Dictamen 1059/1992).

En consecuencia, la revisión de oficio incoada en el supuesto sometido a consulta debiera extenderse a todas las actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio de la fase de oposición, en orden a posibilitar su repetición, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la resolución definitiva del Tribunal Calificador por la que se establece la relación de aspirantes que superaron el segundo ejercicio.

**CUARTA.- De las causas de nulidad invocadas. En particular, que el acto administrativo sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta.**

La potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por el artículo 102, con los límites del 106 LPAC, supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves causantes de la nulidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa, existen importantes límites o condicionantes a la misma, por lo que aquí interesa, el primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisoria. Dichos motivos, contenidos en el artículo 62.1 LPAC, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

Así, el artículo 62.1 LPAC establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que *"lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"* (art. 62.1, letra a), y *"los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta"* (art. 62.1, letra d).

Centramos en primer lugar nuestra atención en la última causa de nulidad citada. El análisis de la restante queda diferido a una Consideración posterior, la Quinta, de este Dictamen.

La dicción legal de esta causa de nulidad consistente en que el acto sea constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta no genera grandes problemas interpretativos en cuanto a su contenido, pero sí respecto a la forma o mecanismo como ha de aplicarse.

En efecto, para que se dé esta causa de nulidad, el acto administrativo bien ha de ser en sí mismo constitutivo de infracción penal (el supuesto paradigmático es el acto que se adopta por prevaricación) o bien su dictado ha de derivar de la comisión de un ilícito penal, que antecede al propio acto administrativo, insertándose en su procedimiento de elaboración e influyendo decisivamente en su contenido. En este supuesto, para poder declarar la nulidad del acto, la previa infracción penal ha de encontrarse en una relación de causalidad clara respecto de aquél, siendo determinante del mismo.

#### 1. Auto de sobreseimiento provisional versus sentencia.

Como ya se ha anticipado, la cuestión que ha suscitado mayor polémica en el presente procedimiento de revisión es la relativa a quién y cómo se ha de declarar la existencia de la infracción penal que habilita recurrir a esta específica causa de nulidad. La doctrina no es pacífica al respecto, pues junto a quienes proclaman la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales penales para efectuar dicha declaración, no son pocos los autores que sostienen que, cuando tal declaración sea imposible porque el autor muera antes de dictarse la sentencia penal, sea inimputable o no sea habido, tales circunstancias que obstan la represión penal, no deben impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si ésta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las leyes penales.

En el supuesto sometido a consulta, existen dos pronunciamientos de la jurisdicción penal que declaran expresamente que, en el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, se cometió un delito consistente en la revelación del contenido del examen. Así, el Auto del Juzgado de Instrucción, a la luz de las investigaciones realizadas, acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones, pues *"se puede llegar a la conclusión ya reiterada de que la revelación del contenido del examen se realizó, aunque se desconoce quién fue el autor o los autores de tal conducta, y por ello es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 789.1 y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone como causa del mismo "cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores"*.

Del mismo modo, el Auto que, confirmando el anterior, dicta la Audiencia Provincial de Murcia, manifiesta que *"a pesar de no haber podido concretar la presunta participación -dolosa- de alguno de los funcionarios públicos imputados, ello no significa que no se haya cometido infracción penal alguna (...) es decir, ante la falta de concreción del sujeto o sujetos activos del ilícito no es posible realizar una concreta calificación jurídica de los hechos, sin embargo ello no empece para que se considere que se reveló el contenido del examen, es decir, que al menos uno de los delitos mencionados se perpetró"*.

Para un importante número de interesados que, con ocasión del trámite de audiencia concedido, han formulado alegaciones, el hecho de que tales declaraciones se realicen en un auto de sobreseimiento provisional impide aplicar la causa de nulidad contenida en el artículo 62.1, letra d) LPAC, que exige como presupuesto necesario la previa existencia de una sentencia penal condenatoria.

Coincide el Consejo Jurídico en que, con carácter general, el presupuesto habilitante de la revisión de oficio con fundamento en la indicada causa de nulidad ha de ser la existencia de una sentencia penal condenatoria que, poniendo fin al proceso, declare la existencia del delito y quién fue su autor o participó en su comisión, y así se indica en nuestro Dictamen 69/2002. Ahora bien, ha de matizarse que, siendo ésta la forma ordinaria de terminación del proceso penal cuando concurren todos los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos, no ha de obviarse que las actuaciones penales pueden finalizar también anticipadamente mediante un auto de sobreseimiento provisional. Éste tiene un efecto meramente suspensivo respecto del proceso penal, de forma que, a diferencia de la sentencia y del sobreseimiento libre, que sí le ponen fin como resoluciones definitivas del mismo y produciendo efectos de cosa juzgada material, el sobreseimiento provisional únicamente determina su suspensión, por ausencia de los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral (STS, 2ª, de 7 de julio de 2000). Se trata, como de forma expresiva señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de *"un supuesto de impotencia investigadora"* (STS de 16 de diciembre de 1991).

A los efectos que aquí interesan, cuando dicho sobreseimiento provisional se acuerda al amparo del artículo 641.2 LECr, esa impotencia investigadora únicamente alcanza al elemento subjetivo del tipo, es decir, a sus autores o responsables, pero no a la existencia del hecho delictivo en sí, que resulta del sumario. Por ello, si bien el auto de sobreseimiento provisional únicamente deja en suspenso el proceso penal y no le pone fin de forma definitiva, cuando se adopta ex artículo 641.2 LECr, ese carácter meramente interino de sus efectos no es predicable de la

apreciación judicial acerca de la existencia del delito, pues el juez instructor la declara de forma expresa, tras realizar una valoración jurídica de los hechos, a la luz de las investigaciones practicadas en el sumario o las diligencias preliminares y en función de los indicios racionales que de ellas resultan.

La suspensión o latencia del proceso que determina el sobreseimiento provisional significa que, en el futuro, puede reabrirse si se obtienen nuevos datos incriminatorios más sólidos o, en palabras de la Audiencia Provincial de Murcia en el Auto obrante en el expediente, el proceso queda a la espera, en su caso, de que se evidencien nuevos datos o circunstancias que permitan llegar a la decisión de levantar dicho sobreseimiento y la reapertura de la causa. Cabe añadir que así ocurriría si acaecieran o se conocieran nuevas evidencias que permitieran dirigir la acusación contra una o varias personas determinadas, pero la comisión del hecho delictivo y su calificación como infracción penal ya quedan plenamente establecidas en el auto de sobreseimiento provisional dictado al amparo del artículo 641.2 LECr, pues de lo contrario procedería, bien el sobreseimiento libre ex artículo 637.1º ("*cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa*") o 2º ("*cuando el hecho no sea constitutivo de delito*"), bien el provisional ex artículo 641.1, todos de la misma Ley ritual penal, que procede declarar "*cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa*".

Comoquiera que, para la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d) LPAC lo esencial es el hecho objetivo de la comisión de un delito, siendo irrelevante quién lo haya perpetrado o en qué grado haya participado en el ilícito penal, el auto firme de sobreseimiento provisional que declara de forma expresa que se ha cometido un delito, aunque no sea posible acusar a una o varias personas como responsables, es suficiente para considerar existente el primer requisito determinante de la aplicación del artículo 62.1, letra d) LPAC.

Esta conclusión no queda desvirtuada por las citas jurisprudenciales y consultivas esgrimidas por algunos de los interesados en sus escritos de alegaciones en apoyo de la tesis de que sólo una sentencia condenatoria puede habilitar la aplicación de esta causa de nulidad. Y es que considera este Consejo Jurídico que se enmarcan en la doctrina general antes expuesta que, en definitiva, lo que exige es un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional penal declarando la existencia del delito. Dicho pronunciamiento se identifica con la sentencia por ser ésta la forma ordinaria o general de finalizar el proceso cuando concurren en el supuesto todos los elementos, objetivos y subjetivos, del tipo penal; pero ello no ha de interpretarse en el sentido de que la sentencia judicial firme sea el único presupuesto habilitante de la referida causa de nulidad, como sí exige de forma expresa la LPAC respecto del recurso extraordinario de revisión (cfr. art. 118.1, 4ª LPAC). Antes al contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia 758/2007, de 28 de mayo, admite expresamente como pronunciamientos penales que, declarando la existencia de delito, pueden habilitar el ejercicio de las potestades revisoras de la Administración, tanto la sentencia penal firme como el auto de sobreseimiento provisional, también firme, de las diligencias penales previas.

Del mismo modo, en el supuesto contemplado en el Dictamen 81/2000 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, única cita de las efectuadas por los interesados entre cuyos antecedentes de hecho existe un auto de sobreseimiento provisional ex artículo 641.2 LECr, el Órgano Consultivo sí admite que la existencia de infracción penal queda determinada en el indicado Auto y, si dictamina desfavorablemente la revisión, no es porque estime insuficiente que dicha declaración se contenga en un Auto y no en una sentencia, sino porque no considera acreditado que el acto administrativo cuya nulidad se pretende sea consecuencia de la concreta infracción penal advertida y expresamente declarada por el Juez instructor.

Nótese que, de otro modo, es decir, de seguir la tesis de los interesados según la cual sólo la sentencia penal condenatoria sería suficiente para declarar la existencia de delito como presupuesto de aplicación del artículo 62.1, letra d) LPAC, se arbitraría la posibilidad de que, una vez transcurrido el plazo de prescripción del delito y no pudiendo ya reabrir la causa penal tras el sobreseimiento provisional, permanecieran en el ordenamiento actos administrativos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ella, a pesar de quedar expresamente establecida la existencia del ilícito por un órgano jurisdiccional penal.

Declarada la comisión de un delito (cuyo encuadramiento en un específico tipo penal excusa la Audiencia Provincial ante la falta de concreción del sujeto activo del mismo, pero que, como señala el Tribunal de apelación, podría ser cualquiera de las infracciones que bajo la denominación genérica de descubrimiento y revelación de



secretos tipifican los artículos 197, 199, 200 ó 416 del Código Penal), procede a continuación determinar hasta qué punto el acto administrativo impugnado es constitutivo de dicho ilícito o fue dictado a consecuencia del mismo.

Debe acudirse a tal efecto, al Auto de sobreseimiento provisional, toda vez que en él se repasan por el Juez instructor los resultados obtenidos en el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, adquiriendo, de hecho, tales calificaciones y notas la condición de indicio fundamental en el que se basa la apreciación judicial acerca de la comisión del delito, pues las diversas diligencias de investigación practicadas se centran en intentar explicar los singulares resultados que se dieron en este ejercicio. El órgano judicial alcanza la conclusión de que esos llamativos resultados, contenido fundamental del acto administrativo cuya revisión se insta y determinante de sus efectos respecto de cada uno de los aspirantes que se presentaron a su realización, fueron debidos a la revelación del contenido del examen a algunos de los opositores, lo que le permite establecer un nexo causal directo entre la comisión del delito y el contenido y efectos del acto administrativo impugnado.

Sobre la valoración judicial de los hechos y su calificación como delito no puede entrar la Administración a conocer ni efectuar consideraciones acerca de la suficiencia de las investigaciones realizadas o de los indicios presentes en las actuaciones y que llevaron a la convicción judicial, pues tal función corresponde en exclusiva al juez penal y, en su caso, al correspondiente Tribunal de apelación del mismo orden.

Por el contrario, sí es potestad típicamente administrativa, careciendo de ella el juez penal, la de extraer las consecuencias estrictamente jurídico-administrativas de la declaración de la existencia del ilícito y, a tal efecto, determinar si la concurrencia del delito en el actuar administrativo es determinante de su nulidad. Así, considerando que en el desarrollo del tercer ejercicio de las pruebas selectivas se cometió un delito de descubrimiento o revelación de secretos, lo que permitió que un indeterminado grupo de aspirantes tuvieran conocimiento del contenido del examen con antelación al momento de su realización, no cabe sino entender que tal circunstancia influyó en el desarrollo del ejercicio y, en especial, en los resultados que refleja la resolución provisional por la que se publica la relación de aspirantes que lo realizaron, con los cruciales efectos que ello determinaría respecto al resultado final del procedimiento de concurrencia competitiva, de no haber quedado cautelarmente suspendido.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad del acto impugnado, al considerar acreditado que se dictó como consecuencia de una infracción penal, en virtud de lo establecido en el artículo 62.1, letra d) LPAC.

#### **QUINTA.- Nulidad derivada de la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

Para las interesadas que instan la revisión del ejercicio, la revelación de su contenido ha determinado una vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad y capacidad reconocido por los artículos 23 y 103 de la Constitución. La ubicación del primero de dichos preceptos en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª del texto constitucional lo hace susceptible de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, tal vulneración es determinante de la nulidad del acto cuya revisión se solicita.

El artículo 23.2 CE establece que los ciudadanos "tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes". Si bien, en un primer momento, la doctrina constitucional fue algo vacilante a la hora de establecer el ámbito de este precepto y determinar si tenían cabida en él las funciones públicas de carácter profesional propias de los empleados públicos o si únicamente era aplicable al acceso a los cargos de representación política, el Tribunal Constitucional se decantó por entender que este derecho fundamental se proyecta sobre ambos tipos de función, aunque, en relación a los empleados públicos, únicamente es predicable de aquellos que mantienen con la administración una relación estatutaria o funcional, no de carácter contractual laboral. Así, la STC 86/2004, señala expresamente que *"las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103,3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración...mediante una relación de servicios de carácter estatutario"*.

Este derecho ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional como de configuración legal y de carácter puramente reaccional, pues el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal



Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001, 137/2004, ó 30/2008, entre otras). La doctrina constitucional señala, asimismo, que este precepto no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de forma que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE (ATC 16/2010). Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de igualdad *lex specialis*, respecto del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, cuyo contenido puede sintetizarse en el siguiente:

a) Predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública.

b) Igualdad en la Ley, de forma que las normas rectoras de los procedimientos de acceso aseguren una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo el establecimiento de requisitos discriminatorios o referencias individualizadas o *ad personam* y no estrictamente referidos a los principios de mérito y capacidad.

c) Igualdad en la aplicación de la Ley, de manera que las normas que regulan las pruebas selectivas se apliquen por igual a todos los interesados.

Centrándonos en esta tercera manifestación del derecho fundamental estudiado, ha de interpretarse en el sentido de otorgar el mismo trato a todos los participantes durante el desarrollo de las pruebas selectivas, pues como señala la STC 138/2000, *"las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias leyes, sino también a su aplicación e interpretación"*.

Ahora bien, no toda vulneración de las bases del procedimiento selectivo constituye una vulneración del derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino sólo cuando esa violación de las bases implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes, porque exista una injustificada diferencia de trato entre éstos.

La aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta exige una primera puntualización respecto a los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 CE, toda vez que no están formalmente recogidos dentro de la regulación que la Constitución dedica a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que podría hacer dudar acerca de su invocabilidad en el presente expediente.

Ocorre, no obstante, que el Tribunal Constitucional ha dejado ya establecido en una temprana y reiterada doctrina (Sentencia 50/1986, de 23 de abril, y Auto 205/1990, de 17 de mayo) que *"existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23, número 2, y 103, número 3, de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no será referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Proyectados, pues, tales principios en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23, número 2, de la Constitución, no existe objeción alguna que oponer a que puedan surtir sus efectos en el expediente ahora considerado"* (Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992).

En el presente caso, adquiere singular relevancia la apreciación de la existencia de una filtración del contenido del examen, pues en ella radica la alteración de las condiciones de igualdad en que los aspirantes hubieron de realizarlo. Al respecto, no puede obviarse que la convicción acerca de que aquélla efectivamente se produjo es compartida por la Administración regional, que en su día ordenó la realización de un trámite de información previa, cuyos resultados dieron lugar a la pertinente denuncia penal, y por los órganos jurisdiccionales penales que, tras las diligencias de investigación realizadas en el seno de la causa criminal, expresamente afirman en sendos pronunciamientos firmes que hubo filtración del ejercicio. Dicha conclusión no puede ser obviada o desconocida por este Consejo Jurídico, pues, al margen de las consideraciones o calificaciones jurídicas que desde cada rama del Derecho puedan realizarse acerca de un determinado hecho, no es admisible que un hecho exista y no exista simultáneamente.

Por ello, aunque la declaración de existencia de la filtración no se haya realizado como hecho probado en una sentencia penal firme -que sería vinculante para la Administración-, sino en sendos autos, ello no impide que tales pronunciamientos penales, basados en el resultado de las diligencias de investigación realizadas, sirvan al órgano administrativo decisor del procedimiento de revisión de oficio para alcanzar la convicción acerca de que la filtración efectivamente se produjo.

En este sentido, no comparte el Consejo Jurídico la alegación referente a que la ausencia de una sentencia penal condenatoria que declare como hecho probado que la filtración se realizó impida a la Administración no ya aplicar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra d) LPAC, sino incluso considerar vulnerado el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. Debe recordarse que aquí no se trata de determinar si existe o no delito en sentido formal (cuestión ya analizada en la Consideración Cuarta de este Dictamen), sino de constatar que se han alterado las condiciones de igualdad de los aspirantes. Esta determinación, estrictamente administrativa y ajena a cualquier calificación como delito, puede realizarse a través de una investigación criminal, como aquí ha ocurrido, pero también mediante diligencias de averiguación estrictamente administrativas, si ofrecen suficientes elementos para la formación del juicio del órgano instructor de la revisión de oficio. En este sentido, el Consejo de Estado, en Dictamen 1059/1992, apreció la concurrencia de esta causa de nulidad en un supuesto en el que no se había podido acreditar la perpetración de delito alguno durante el desarrollo de las pruebas selectivas, al finalizar el proceso penal por auto de sobreseimiento provisional ex artículo 641.1 LECr.

Corolario de lo expuesto es que la constatación de la existencia de una filtración del contenido del examen en que consistía el tercer ejercicio de las pruebas selectivas conlleva una alteración de las condiciones de igualdad que debían presidir su desarrollo, en la medida en que un grupo indeterminado de aspirantes se colocó en situación de ventaja respecto al resto, defraudando asimismo el objetivo de la selección de personal, cual es el reclutamiento de los más capaces para el ejercicio de las funciones y responsabilidades públicas. Se vulneran así no sólo los principios de mérito y capacidad, que tales aspirantes no llegan a demostrar, sino también y de forma sustancial, la igualdad de posibilidades en el acceso, pues los resultados del ejercicio, una vez sumada la puntuación correspondiente a la fase de concurso, son determinantes del orden de prelación de los aspirantes para ser nombrados funcionarios.

El Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992, antes citado, analiza un supuesto muy similar al presente (revisión de oficio del primer ejercicio de las pruebas selectivas para acceder a un cuerpo funcional de la Administración autonómica valenciana, debida a la filtración del cuestionario) y efectúa las siguientes consideraciones, que este Consejo Jurídico estima plenamente trasladables al supuesto aquí planteado:

*"...las actuaciones dirigidas por el Tribunal de las pruebas selectivas a que se refiere el expediente ahora considerado provocó una filtración del cuestionario de respuestas al primer ejercicio eliminatorio de las mismas, colocando en una obvia situación de ventaja a las personas que tuvieron ese ilegítimo acceso al citado documento.*

*En el sentir de este Consejo, tal resultado representó una clara infracción de las condiciones de igualdad en el derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos recogido en el artículo 23, número 2, de la Constitución y provocó que el resultado del primer ejercicio eliminatorio y, por conexión lógica, los de las siguientes pruebas no se ajustaran a los principios de mérito y capacidad.*

*De acuerdo con la doctrina general anteriormente destacada, ello lleva a entender concurrente una causa determinante de la nulidad de pleno derecho de las actuaciones en cuestión...esa nulidad de pleno derecho afecta a todas las actuaciones que siguen a la preparación del cuestionario que se aplicó al primer ejercicio de las pruebas selectivas de que se viene hablando.*

*Por lo tanto, tal nulidad debe forzosamente alcanzar, por el encadenamiento lógico y conceptual que se observa entre ellas, a todas las actuaciones que siguieron a la práctica de ese primer ejercicio.*

*La anterior apreciación lleva a este Consejo a compartir la solución propuesta por los órganos instructores, consistente en retrotraer las actuaciones derivadas de la convocatoria 6/1991 al momento previo a la preparación del mencionado cuestionario, con la consiguiente repetición de los diversos ejercicios previstos por esa convocatoria.*

*Por lo mismo, y pese a lo sugerido por algunos de los interesados en el trámite de audiencia, debe descartarse la solución de proceder a una exclusión parcial de las personas afectadas por la causa determinante de la nulidad de pleno derecho, toda vez que los efectos de esa causa tuvieron un alcance general, suprimiendo las condiciones de igualdad que debieron aplicarse a todos los aspirantes a acceder a las plazas a las que se refería la citada convocatoria".*

Cabe concluir, en suma, que la filtración del contenido del cuestionario del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, se produjo y ello determinó que un grupo indeterminado de opositores obtuvieran una situación de ventaja respecto al resto de aspirantes, quebrando la igualdad de condiciones en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 CE, por lo que existe vulneración del indicado derecho y, en consecuencia, cabe entender concurrente en el acto impugnado la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, letra a), LPAC.

#### **SEXTA.- Sobre las pretensiones indemnizatorias.**

##### **1. Daño alegado.**

Con ocasión del trámite de audiencia se han formulado diversas alegaciones en las que se solicita una indemnización por los daños que se dicen sufridos como consecuencia de la eventual anulación del ejercicio. Tales daños se sintetizan en los siguientes:

- Daño moral, identificado con la inquietud, ansiedad y padecimiento psicológico derivado de la situación generada con la suspensión de la oposición durante cinco años y ver truncada la obtención de un puesto de trabajo, posibilidad ésta que, tras la superación del ejercicio que ahora se anula, era una expectativa real y muy próxima. Se alude también al padecimiento psíquico derivado de la investigación policial y del sometimiento al proceso penal, con los ataques a su dignidad efectuados desde los medios de comunicación y por otros aspirantes.
- Gastos de preparación de la oposición.
- Retraso profesional derivado de no haber podido acceder a un puesto de trabajo durante los años de suspensión del procedimiento selectivo.
- Honorarios de asistencia letrada.

##### **2. Las pretensiones indemnizatorias en el seno del procedimiento de revisión de oficio.**

Dispone el artículo 102.4 LPAC que las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 LPAC.

Del mismo modo, el artículo 142.4 LPAC y el 4.2 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), establecen que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización.

a) La interpretación conjunta de ambos preceptos conlleva que, aunque el mero hecho de declarar la nulidad de un acto no determina necesariamente el derecho a la indemnización, si por efecto del acto que se anula o de su revisión se produce un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente que los perjudicados no tengan el deber jurídico de soportar, podrá declararse tal responsabilidad en la misma resolución administrativa por la que se anule el acto.

Es necesario, por tanto, que el daño alegado haya sido causado por la actuación administrativa cuya revisión se pretende o por su anulación. Cabe aquí, por tanto, distinguir entre aquellas pretensiones indemnizatorias que tienen por fundamento la anulación del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, bien porque el acto anulado les origine un perjuicio, bien porque la declaración de su nulidad les sea lesiva, de aquellas otras que reclaman el resarcimiento del daño derivado de la dilación en el tiempo de la resolución del procedimiento selectivo, pues su



causa habría de buscarse no tanto en el acto impugnado o su eventual revisión, sino en un acto diferente y ajeno al procedimiento de revisión, como es la Orden que dispuso la suspensión de las pruebas selectivas. Adviértase que este último tipo de daños, en el sentir de los interesados, se habría producido fuera cual fuese el sentido de la resolución que pusiera fin a la revisión de oficio, por lo que deben considerarse improcedentes en este concreto procedimiento. Ello no prejuzga, por supuesto, la eventual reclamación de responsabilidad patrimonial que en solicitud de su resarcimiento puedan formular los interesados en el futuro, y cuyo momento más adecuado entiende el Consejo Jurídico que sería una vez finalizada la indicada suspensión, toda vez que sólo entonces el eventual daño podría conocerse en toda su magnitud.

b) Por otra parte, si bien el artículo 102.4 LPAC guarda silencio acerca de los trámites a seguir para poder declarar la existencia o no de derecho a la indemnización en la resolución que establezca la nulidad del acto impugnado, lo cierto es que la decisión acerca de las pretensiones indemnizatorias formuladas habrá de sujetarse a una instrucción que permita discernir si se dan en el supuesto los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial y, en su caso, individualizar y evaluar el eventual daño.

Esta consideración reviste especial trascendencia en el supuesto sometido a consulta, en el que existe multitud de interesados que solicitan ser indemnizados por daños de distinta magnitud, significación y alcance y que, además, han plasmado su solicitud resarcitoria con ocasión del trámite de audiencia del procedimiento de revisión de oficio, con diversa precisión en cuanto a la valoración del daño que dicen haber sufrido. El momento procedimental en que tales alegaciones se formulan es importante, pues de hacerlo junto con la acción de nulidad, la tramitación del procedimiento de revisión de oficio incorpora asimismo la de la pretensión indemnizatoria, posibilitando que la resolución del procedimiento revisorio decida también sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial. En el supuesto objeto de este Dictamen, sin embargo, de adoptarse tal determinación en la resolución que ha de resolver la acción de nulidad planteada, se decidiría sobre la procedencia o improcedencia de las indemnizaciones sin una mínima instrucción.

Por ello, y en consideración a los términos meramente facultativos y no imperativos que utiliza el artículo 102.4 LPAC, al señalar que en la misma resolución que declare la nulidad de un acto, las Administraciones públicas "podrán" establecer las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, entiende el Consejo Jurídico que, sin perjuicio de las consideraciones que de forma genérica se contienen en la propuesta de resolución acerca de la no indemnizabilidad de los daños por los que se reclama, la resolución que ponga fin al procedimiento revisorio no debe estimar las pretensiones económicas esgrimidas por los interesados ni fijar indemnización alguna, quedando no obstante imprejuzgada la cuestión relativa a la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, que habrá de sustanciarse mediante un procedimiento *ad hoc* por los trámites establecidos en el RRP, bien a instancia de cada uno de los interesados (como algunos de ellos ya anuncian mediante una expresa reserva de acciones), bien de oficio por la Administración, mediante un procedimiento que permita establecer la concurrencia o no de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial e individualizar tanto el daño como la eventual indemnización, una vez se haya declarado la nulidad del acto sometido a revisión.

Ello permitirá que se conozcan de forma definitiva los efectos del eventual quebranto sufrido por cada interesado, posibilitando así un pronunciamiento definitivo sobre los posibles daños que, de efectuarse ahora en la Orden por la que se declara la nulidad del tercer ejercicio de la fase de oposición, tendría un cierto carácter anticipado, dado que el procedimiento selectivo todavía no ha terminado, de lo que en hipótesis, podrían derivarse nuevos daños.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que considera procedente declarar la nulidad del tercer ejercicio de las pruebas selectivas, con el alcance señalado en la Consideración Tercera, *in fine*, de este Dictamen, por concurrir en dicho acto las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1, letras a) y d), conforme a lo indicado en las Consideraciones Cuarta y Quinta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** No procede fijar indemnización alguna en la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de oficio, conforme a lo señalado en la Consideración Sexta de este Dictamen.



No obstante, V.E. resolverá.

