

30 SET. 2009

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 28/2006

Votación: 16/09/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Nicolás Maurandi Guillén

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fdez.-Trigales Pérez

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: OCTAVA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Juan José González Rivas

Magistrados:

**D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. José Díaz Delgado
D. Enrique Cancer Lalanne**

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil nueve

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 28/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por don FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO, frente a la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada planteado contra la resolución de 24 de junio de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas por la que se hizo pública la adjudicación por el procedimiento de libre designación del puesto de trabajo de Subdirector Técnico del Área de

Seguridad Social y Acción Social del Departamento 3° de la Sección de Fiscalización (publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 30 inmediato posterior).

Habiendo sido partes recurridas el TRIBUNAL DE CUENTAS, representado por el Abogado del Estado; y doña MARÍA DEL CARMEN DE VICENTE MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 24 de junio de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas a que antes se ha hecho referencia, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando:

"(...) se dicte sentencia en la que se declare la anulación de la Resolución de 24 de junio de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas por la que se adjudicó a D^a Carmen de Vicente Martín el puesto convocado por Resolución de 12 de Mayo de 2005, para que, posteriormente, y tras la tramitación legal oportuna se produzca la correspondiente adjudicación de plaza a favor de quien proceda".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en representación del TRIBUNAL DE CUENTAS, se opuso a la demanda pidiendo:

"(...) tener por contestada en tiempo y forma la demanda identificada en el encabezamiento, y en su virtud, se desestime íntegramente la misma, por ser el acto recurrido plenamente conforme a Derecho".

TERCERO.- La codemandada doña MARÍA DEL CARMEN DE VICENTE MARTÍN, en su respectivo escrito de contestación a la demanda, se opuso igualmente al recurso pidiendo su desestimación.

CUARTO.- Hubo recibimiento a prueba del proceso y, una vez concluidas las actuaciones se señaló inicialmente para votación y fallo la audiencia del día 14 de julio de 2009.

La providencia de 8 de julio de 2009 dejó sin efecto el señalamiento anterior por necesidades del servicio y acordó uno nuevo para el día 16 de septiembre de 2009.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de 12 de mayo de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas anunció la convocatoria pública para proveer, por el sistema de libre designación, el puesto de trabajo de Subdirector Técnico del Departamento 3° de la Sección de Fiscalización (Área de Seguridad Social y Acción Social).

La resolución de 24 de junio de 2005 de la misma Presidencia (publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 30 inmediato posterior) hizo pública la resolución de la convocatoria anterior y la adjudicación del puesto anunciado a doña MARÍA DEL CARMEN DE VICENTE MARTÍN.

Frente a la resolución anterior planteó recurso de alzada don FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO, mediante escrito en el que, tras hacer constar que había participado en la convocatoria solicitando el puesto anunciado, pidió la nulidad o anulabilidad de la adjudicación decidida. Fue desestimado de forma expresa por resolución de 13 de febrero de 2006 del Pleno del Tribunal de Cuentas.

El actual recurso contencioso-administrativo fue interpuesto don FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO con anterioridad a esta última resolución expresa que acaba de mencionarse, dirigiéndolo inicialmente por esta razón contra la resolución de 24 de junio de 2005 y contra la desestimación por silencio del recurso de alzada.

La posterior demanda formalizada en el actual proceso jurisdiccional, como ya se ha expresado en los antecedentes, deduce en el *suplico* esta pretensión:

"la anulación de la Resolución de 24 de junio de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas por la que se adjudicó a D^a Carmen de Vicente Martín el puesto convocado por Resolución de 12c de Mayo de 2005, para que, posteriormente, y tras la tramitación legal oportuna se produzca la correspondiente adjudicación de plaza a favor de quien proceda".

El motivo de impugnación esgrimido en esa demanda para sostener su pretensión es que la adjudicación combatida adoleció de desviación de poder, lo que se sustenta con esta principal alegación realizada al final del apartado de hechos de la demanda:

"el nombramiento de la Sra. de Vicente para la plaza que ahora se impugna no tuvo por motivación el atribuir la plaza al funcionario más adecuado para su desempeño, que es la finalidad legal prevista, sino permitir que la Sra. Carmen de Vicente retornara al Departamento regido por su hermano y es por ello que nos encontramos ante una situación de desviación de poder que vicia el acto recurrido".

SEGUNDO.- La demanda, por lo que hace a ese retorno que ella invoca como la irregular o indebida finalidad que determinaría la desviación de poder, lo deriva de una serie de hechos cuya síntesis es la que continúa:



- La denuncia el 10 de diciembre de 2001, ante el Consejero encargado del Departamento de Seguridad Social, don Ciriaco de Vicente Martín, por parte de un grupo de funcionarios destinados en el mismo y desempeñando en esa fecha su hermana doña María del Carmen de Vicente Martín el puesto de Directora Técnica de dicho Departamento, de actuaciones expresivas, entre otras cosas, de trato discriminatorio e irrespetuoso, generadores de problemas emocionales y psicológicos necesitados de tratamiento, y con la solicitud en ese mismo escrito de que se modificara la actitud y el estilo de la Dirección del Departamento.

- La presentación el 16 de abril de 2003 por doña Enriqueta Montabes Montabes, Inspectora Médico, destinada en el Departamento de que se viene hablando, de unos escritos dirigidos a la Junta de Personal y al Comité de Seguridad y Salud. En ellos se exponía la existencia de un hostigamiento continuado contra su persona, con la creación de un entorno laboral intimidatorio, y se formulaba esta triple petición: la adopción de medidas conducentes al cambio de puesto de trabajo a otro Departamento; el ejercicio por los órganos destinatarios de los escritos de sus competencias para prevenir y evitar nuevos casos de acoso moral; y que se requiriera a los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas para que tomasen las medidas oportunas de investigación exigidas por la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

- Las decisiones adoptadas el 25 de abril de 2003 por la Junta de Personal de dirigirse a la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas y el Comité de Seguridad y Salud; pidiendo a la primera que iniciara una investigación sobre los hechos denunciados por la Sra. Montabes y realizara los trámites oportunos para esclarecer la exigencia de responsabilidades, y acordara transitoriamente la baja de esa funcionaria; y urgiendo al segundo para que ejerciera sus competencias recogidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

- Un escrito del 5 de mayo de 2003 del Presidente del Comité de Seguridad, dirigido al Secretario General del Tribunal de Cuentas, en el que se le comunicaba que habían sido adoptados los siguientes acuerdos: proponer a la Comisión de Gobierno la iniciativa de llevar a cabo una investigación por los hechos manifestados por la Sra. Montabes; solicitar del Servicio de Prevención y Salud el último informe emitido en el año 2000 sobre "Valoración de Riesgos" en el Departamento Tercero de la Sección de Fiscalización, así como sus conclusiones, recomendaciones y seguimiento; designar un grupo de trabajo en el seno del Comité de Seguridad y Salud para documentarse en torno al tema el acoso laboral.

- La apertura, por acuerdos de mayo de 2003 de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, de una información reservada en relación a los hechos denunciados por la Sra. Montabes; la presentación por parte de ésta de un escrito al Instructor (de 23 de julio de 2003) en el que imputaba directamente los actos de la situación de acoso al Consejero del Departamento y a la Directora Técnica del mismo; y la finalización de dicho procedimiento de información reservada con unos acuerdos en los que se declaraba que no

habían sido advertidos hechos motivadores de responsabilidad disciplinaria y tampoco procedía impulsar el cambio del puesto de trabajo ocupado por la Sra. Montabes.

- El cese, el 20 de noviembre de 2003, de doña Carmen de Vicente en su puesto de Directora Técnica del Departamento de Seguridad Social de la Sección de Fiscalización y la asignación, en comisión de servicio, de un puesto de Subdirectora en el Tribunal de Cuentas.

- El anuncio, por Resolución de 5 de diciembre de 2003, de la provisión por procedimiento de libre designación del puesto de Subdirector Adjunto en el Departamento Primero de la Sección de Fiscalización, y la adjudicación posterior del mismo a la Sra. Montabes.

- La creación del puesto aquí litigioso, mediante la transformación de una plaza de Subdirector Adjunto, Nivel 29, en una plaza de Subdirector, Nivel 30.

- La adjudicación de ese puesto a doña Carmen de Vicente Martín y mediante propuesta realizada por su hermano, el Consejero don Ciriaco de Vicente, sin que este último, a pesar del parentesco existente, se abstuviera de participar en el procedimiento.

TERCERO.- Los escritos de contestación a la demanda del Abogado del Estado y la codemandada doña María del Carmen de Vicente Martín combaten la desviación de poder denunciada en la demanda con una línea de oposición que es coincidente en lo sustancial. Ambos niegan que exista base para apreciar la denunciada desviación de poder y subrayan la amplia discrecionalidad que tiene reconocida la Administración en los nombramientos efectuados por el sistema de libre designación

Por ser más extenso, merece aquí referirse especialmente al escrito de contestación de la Sra. de Vicente Martín, que utiliza estos dos principales argumentos que siguen.

Por un lado, sostiene que la actuación administrativa aquí controvertida sí cumplió con la finalidad legalmente prevista en el Ordenamiento jurídico, por lo que falta elemento que resulta decisivo para que pueda ser apreciada la desviación de poder. Aduce a este respecto que el nombramiento se apoyó en la confianza suscitada por la adjudicataria del puesto litigioso, así como que ésta reúne todos los requisitos necesarios para poder ocupar dicho puesto y el nombramiento fue realizado con total observancia del procedimiento legalmente establecido.

Por otro lado, señala que no hay datos bastantes para apreciar en los actos administrativos impugnados la persecución de una finalidad distinta a la legalmente prevista para ello. Se afirma que la demanda, en unos casos, realiza una exposición tergiversada y tendenciosa de los hechos acaecidos y, en otros, aduce actos administrativos que han de ser considerados firmes por no haber sido impugnados en su momento.

Otros argumentos desarrollados por esa misma contestación son éstos que siguen. Que los datos provenientes de la Información Reservada han sido utilizados ilícitamente por la parte demandante. Que la intervención del Consejero don Ciriaco de Vicente en el procedimiento de nombramiento es irrelevante porque tiene la naturaleza de acto de trámite en relación a las resoluciones que decidieron primero la adjudicación y después el recurso de alzada, pues la primera fue dictada por la Presidencia del Tribunal de Cuentas y la segunda por su Pleno. Y que la pretensión de la demandante adolece de una ausencia notoria de finalidad seria y legítima, con claro abuso de derecho, pues su propósito no es la obtención del puesto de trabajo litigioso, sino desarrollar una estrategia corporativa, favorable a las personas que como él son funcionarios de Cuerpos del Tribunal de Cuentas, que va dirigida a dificultar que accedan a los puestos que se han convocado por este órgano del Estado funcionarios del Grupo A procedentes de las Administraciones Públicas.

Para justificar toda esa principal argumentación, la contestación de la Sra. de Vicente Martín afirma así mismo que el demandante no ha puesto en cuestión sus méritos y capacidades profesionales, su currículum profesional, o la valoración de todo ello hecha por los órganos competentes del Tribunal de Cuentas, lo que significa que su derecho subjetivo a obtener el puesto no se vería afectado ni mermado por una eventual retroacción de las actuaciones.

CUARTO.- La decisión de las cuestiones que son suscitadas en el actual litigio, cuyo planteamiento principal ha quedado expuesto, aconseja comenzar con unas consideraciones sobre la significación que tiene el procedimiento de libre designación legalmente establecido para la provisión de puestos de trabajo.

Para ello es trasladable a estos nombramientos funcionariales por libre designación la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las Sentencias de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales (se citan los contenidos en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999) que habían apuntado la innecesariedad e inexigibilidad de motivación en esa clase de nombramientos.

El núcleo de esa nueva jurisprudencia se apoya en la idea principal de que la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta sino que tiene unos límites.

Límites que están representados por las exigencias que resultan inexcusables para demostrar que la potestad de nombramiento respetó estos mandatos constitucionales: que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE); que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en concisiones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE); y

que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad (103.3 CE).

A partir de esa idea se declara también que las exigencias en que se traducen esos límites mínimos son de carácter sustantivo y formal.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento.

Y la exigencia formal está referida, entre otras cosas, a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento.

QUINTO.- Las consecuencias que se derivan de lo anterior para los nombramientos realizados por el procedimiento de libre designación regulado en el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública (aplicable al personal al servicio del Tribunal de Cuentas en virtud de lo establecido en los artículos 88 y 93 de la Ley 7/1988, de 5 de abril) son las siguientes:

a) En el procedimiento de libre designación rigen también los principios de mérito y capacidad, pero, a diferencia del concurso, en que están tasados o predeterminados los que ha decidir el nombramiento, la Administración tiene reconocida una amplia libertad para decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuáles son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto.

b) La motivación de estos nombramientos, que es obligada en virtud de lo establecido en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, no podrá quedar limitada a lo que literalmente establece el artículo 56.2 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 (que sólo la refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento).

Lo establecido en este precepto reglamentario sobre la motivación deberá ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.3, 23 y 103.3 CE, y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario

nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.

c) El Informe que ha de ser emitido por el titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto [artículos 20.1.c) de la Ley 30/1984 y 54.1 del Reglamento General de Provisión antes mencionado] es un elemento muy importante en el procedimiento de libre designación, pues está dirigido a ofrecer la información sobre las características del puesto que resulta necesaria para definir los criterios que deben decidir el nombramiento.

Esta importancia hace que se proyecten sobre este trámite de manera muy especial las garantías que son demandadas por los principios de objetividad y de igualdad (artículos 103.3 y 23.2 CE) y, consiguientemente, determinan la aplicación a quien ha de emitirlo de las causas de abstención establecidas en el artículo 28 de la Ley 30/1992.

SEXTO.- El criterio jurisprudencial que ha quedado expuesto y las consecuencias que de él se derivan para la motivación que ha de acompañar a los nombramientos realizados por el procedimiento de libre designación, tomados en consideración junto a esos hechos que han sido descritos en el fundamento de derecho (FJ) segundo de esta sentencia, llevan a la conclusión de que la denunciada desviación de poder es fundada y debe ser declarada.

Por lo que se refiere a esos hechos, debe decirse que en las presentes actuaciones hay prueba suficiente para tenerlos por acreditados en los términos como han sido expresados en ese FJ segundo.

Está representada básicamente por los documentos que se acompañaron a la demanda, el expediente administrativo y el testimonio de la información reservada que fue remitido por la Administración demandada en virtud de lo acordado en la fase de prueba.

A ello debe sumarse que la codemandada Sra. de Vicente Martín, con independencia de que les atribuya un significado distinto al pretendido por la parte actora, reconoce expresamente que el resultado de la información reservada fue el que se indica en la demanda, como también admite la realidad de esos nombramientos (de la propia Sra. de Vicente y de la otra funcionaria) que la demanda dice tuvieron lugar al finalizar la información reservada.

Y en cuanto a las concretas razones que justifican apreciar en el actual caso litigioso la existencia de desviación de poder, son las siguientes:

1.- Al no haberse cumplido con el deber de motivación en la medida en que según todo lo anterior resulta necesario, tampoco existen en el procedimiento que fue seguido para el nombramiento aquí litigioso los elementos cuya concurrencia resulta necesaria para poder apreciarse que la actuación administrativa estuvo dirigida a esa única finalidad que la hace legítima, cual es la de elegir al aspirante más idóneo.

2.- La intervención en ese nombramiento por vía de informe o propuesta del Consejero que es hermano de la designada, aunque le nieguen



relevancia invalidante, ha sido reconocida por la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas de 13 de febrero de 2006 y por la contestación de la propia codemandada doña María del Carmen de Vicente Martín.

La falta de imparcialidad derivada de esa circunstancia de parentesco, unida a la importancia que tiene este informe en orden a suministrar los datos principales con que el órgano competente para el nombramiento tiene que formar la convicción determinante de su decisión, hacen que deba apreciarse, con el valor de causa de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, el incumplimiento del deber de abstención de intervenir en el procedimiento que resulta de lo establecido en el artículo 28.2.b) de ese mismo texto legal.

Ese incumplimiento, además de ese alcance invalidante, ofrece base para reforzar los indicios de desviación que puedan resultar de otros hechos y elementos obrantes en las actuaciones.

3.- Las omisiones anteriores, junto a esos hechos de que se viene hablando, hacen que la única finalidad que resulta visible en los elementos existentes en el procedimiento es ese retorno de la Sra. de Vicente Martín que la demanda alega para apoyar su denuncia de desviación de poder.

SÉPTIMO.- Aunque lo que se ha venido exponiendo son argumentos suficientes para justificar la estimación del recurso contencioso administrativo, resulta conveniente incluir unas consideraciones sobre algunos otros motivos de oposición desarrollados en la contestación de doña María del Carmen de Vicente.

Y en este sentido, debe decirse que son igualmente infundadas esas denuncias de utilización indebida de la información reservada y de ausencia de finalidad seria y legítima del recurso que dicha contestación esgrime en sus fundamentos de derecho.

Sobre lo primero, merece subrayarse que una información reservada correctamente obtenida, algo que aquí no se discute, no puede considerarse indebidamente utilizada por quien así la recibió si, como aquí acontece, en ella aparecen elementos demostrativos de una lesión de sus derechos cuya invocación pueda resultar necesaria o conveniente para ejercitar ante los tribunales la acción que, en ejercicio del su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, quiera plantear para demandar la protección que en Derecho pueda asistirle frente a dicha lesión.

En cuanto a lo segundo, la pretensión de la demanda no es ajena a los intereses individuales del recurrente porque, de ser estimada, la imposición a la Administración demandada de una nueva decisión de adjudicación de la plaza litigiosa podría traducirse en el nombramiento del propio recurrente.

OCTAVO.- La desviación de poder que procede apreciar es, según resulta de todo lo que ha venido razonándose, una consecuencia de estas dos circunstancias: la omisión de los elementos que son necesarios para considerar justificada realizada la única finalidad que debe perseguir la actuación administrativa de nombramiento; y la existencia en las actuaciones



únicamente de elementos expresivos del retorno de que se ha venido hablando.

Consiguientemente, lo procedente es, con estimación del recurso contencioso-administrativo, anular las actuaciones y retrotraerlas en lo necesario para subsanar esa omisión a que acaba de hacerse referencia en los términos que se precisarán en el fallo.

NOVENO.- No son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO y anular, por no ser conformes a Derecho, la resolución de 24 de junio de 2005 de la Presidencia del Tribunal de Cuentas y la posterior de 13 de febrero de 2006 del Pleno de ese mismo Tribunal a los siguientes efectos:

a) retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al informe previo que, en los nombramientos de libre designación, ha de ser emitido por el titular del Centro, Organismo o Unidad al que figure adscrito el puesto convocado; y

b) ordenar al demandado Tribunal de Cuentas que sea debidamente observado el deber de abstención por la persona que emita el nuevo informe y que la resolución de nombramiento incluya una motivación que cumpla con todo lo que sobre ella se ha declarado en esta sentencia.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



Recurso Nº: 28/2006

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.