



Roj: **STS 2382/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2382**

Id Cendoj: **28079130042020100200**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/07/2020**

Nº de Recurso: **243/2018**

Nº de Resolución: **998/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 998/2020

Fecha de sentencia: 14/07/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 243/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: TRIBUNAL DE CUENTAS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Pilar Molina Lopez

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 243/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Maria Pilar Molina Lopez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 998/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella



D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 14 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 243/2018, interpuesto por don Rodrigo , actuando en su propio nombre, contra la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, de fecha 25 de abril de 2018, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto en fecha 23 de febrero de 2018 frente a la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 (publicada en el BOE de 6 de febrero), por la que se resuelve la convocatoria de libre designación efectuada por Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas 23 de octubre de 2017, respecto del puesto de trabajo número de orden 4º.

Comparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el día 18 de mayo de 2018, contra la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas citada en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda, presentado el día 28 de junio de 2018, se hacen las alegaciones oportunas, y se solicita que este Tribunal "[...] dicte Sentencia en la que se declare la estimación de este recurso contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, de fecha 25 de abril de 2018. Esta Resolución manifiesta "DESESTIMAR el recurso de alzada interpuesto en fecha 23 de febrero de 2018 por don Rodrigo contra la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 (publicada en el BOE de 6 de febrero) y se proceda a la anulación, por desviación de poder, de la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 por la que se resuelve la convocatoria de libre designación respecto del puesto de trabajo número de orden 4, y se retrotraigan las correspondientes actuaciones al momento inmediatamente anterior a la respectiva propuesta de nombramiento".

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la parte demandada, el abogado del Estado presenta, el día 26 de julio de 2018, escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica se "dicte REC.ORDINARIO(c/a)/243/2018 sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo con condena en costas a la parte recurrente".

CUARTO.- Denegado el recibimiento del pleito a prueba, se concedió a las partes plazo para conclusiones, trámite que fue evacuado por todas ellas mediante sendos escritos presentados el 6 y 26 de noviembre de 2018, respectivamente, tras lo cual se declararon conclusas las actuaciones y pendientes de señalamiento.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo del recurso el día 2 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo de redacción de la sentencia, por razón de la carga de trabajo que pende sobre la Sala, como consecuencia de la incidencia de la medida de suspensión de plazos procesales establecida en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 436/2020, de 14 de marzo, de estado de alarma, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la "COVID-19".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La resolución recurrida.

Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, de fecha 25 de abril de 2018, que desestima el recurso de alzada interpuesto el 23 de febrero de 2018 por don Rodrigo contra la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 (publicada en el BOE de 6 de febrero) por la que se resuelve la convocatoria de libre designación respecto del puesto de trabajo número de orden 4º .

SEGUNDO.- *Antecedentes de litigio.*

El litigio tiene por objeto la resolución de adjudicación del puesto de trabajo de Subdirector Técnico, Nivel 30, adscrito al Departamento 5º de la Sección de Fiscalización (número de orden 4). Por resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 23 de octubre de 2017 (BOE de 1 de noviembre), se anunciaron para su cobertura por el procedimiento de libre designación varios puestos de trabajo en el Tribunal de Cuentas,



entre los cuales se encontraba un puesto de Subdirector Técnico, Nivel 30, adscrito al Departamento 5º de la Sección de Fiscalización (número de orden 4), convocatoria efectuada en estos términos:

"[...] Departamento 5.º de la Sección de Fiscalización

(Financiero y de Fundaciones y otros Entes Estatales)

Número de orden: 4. Puesto de trabajo: Subdirector/a Técnico/a. Número de puestos: 1. Código de puesto: 5FFESTE01. Nivel: 30. Complemento específico: 49.755,44 euros. Tipo de puesto: S. Administración: TC, A3. Subgrupo: A1. Cuerpos: C.L.T.C., C.A.T.C. y C.S.A.P. Formación específica: Especialización en Auditoría y Contabilidad Pública. Experiencia en desempeño de puesto de trabajo similar".

Por Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 (publicada en el BOE de 6 de febrero) se resolvió la convocatoria de libre designación efectuada por Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas 23 de octubre de 2017, resultando adjudicatario del puesto de trabajo número de orden 4, el Letrado del Tribunal de Cuentas don Domingo .

Por escrito de fecha 23 de febrero de 2018, don Rodrigo , que participó como solicitante en el proceso de adjudicación del puesto referido, interpuso recurso de alzada contra la precitada Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 respecto de la adjudicación del puesto de trabajo número de orden 4.

Por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, de 1 de marzo de 2018, se acordó, a instancia del Sr. Domingo el cese en el puesto de trabajo referido. Tramitado el recurso de alzada, el Pleno del Tribunal de Cuentas dictó resolución, de fecha 25 de abril de 2018, que desestima el recurso de alzada interpuesto por don Rodrigo . Esta resolución es objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO .- *Argumentación de las partes.*

La demanda desarrolla un primer alegato sobre lo que considera una actuación arbitraria en la resolución de adjudicación del puesto de trabajo, lo que funda en que a su entender, la resolución recurrida ha postergado los requisitos exigidos por la convocatoria de "especialización en Auditoría y Contabilidad Pública" y de "experiencia en desempeño de puesto de trabajo similar", trasladándolos a lo que califica como "[...] un plano residual de mínimos, al conceder la máxima relevancia a merecimientos del adjudicatario en otros ámbitos distintos y ajenos a la especialización en Auditoría y Contabilidad Pública". El recurrente considera que el Sr. Domingo , que resultó nombrado "[...] no puede acreditar experiencia o merecimiento alguno en el ámbito de la Auditoría y Contabilidad Pública", mientras que otros candidatos "[...] prestan sus servicios especializados en esas materias de manera interrumpida desde hace largos años en el Departamento Financiero al que está adscrito el puesto de trabajo número de orden 4". Añade que el propio recurrente "[...] cuenta con más de 22 años de experiencia en puesto similar [...]". Por otra parte, imputa a la decisión recurrida desviación de poder, lo que sustenta en que, a su entender, se ha omitido en el informe propuesta de adjudicación el tratamiento específico de los requisitos que concurrían en otros candidatos, así como en el proceder de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas al aceptar la solicitud de cese del funcionario adjudicatario a petición de este. Por último, extiende su argumentación sobre la proximidad personal del funcionario al que se adjudicó el puesto con el consejero titular del Departamento 5º.

Frente a esta argumentación, la contestación a la demanda opone que "[...] el recurrente, desde su incorporación al Tribunal de Cuentas en noviembre de 1994, siempre ha estado destinado en la Asesoría Jurídica del Departamento 5º de la Sección de Fiscalización, salvo un breve periodo como Director de Programas en la Secretaría General entre el 26 de abril y el 13 de diciembre de 1995, por lo que [...] nunca ha desempeñado un puesto de trabajo similar al que es objeto del presente litigio, que es el de Subdirector Técnico de una de las Subdirecciones Técnicas del Departamento 5º de Fiscalización". Añade la Abogacía del Estado que, por el contrario, "[...] [e]l adjudicatario del puesto de trabajo [...] sí tiene experiencia en un puesto de trabajo similar al que es objeto de controversia, como Subdirector Adjunto de una de las Subdirecciones Técnicas del Departamento 5º de Fiscalización [...]" y llama la atención sobre el dato de que son las Subdirecciones Técnicas, no las Asesorías Jurídicas, las unidades que se encargan habitualmente de llevar a cabo las auditorías de estados financieros y las auditorías operativas o de gestión.

Rechaza la alegación de desviación de poder en la decisión, expone la forma en que el informe propuesta del Departamento 5º menciona los méritos de los demás candidatos, y en particular enumera los siete candidatos que sí reunían los expresados requisitos mínimos, y podrían ser adjudicatarios del puesto, expresando a continuación el criterio que se considera determinante para la elección, referido a la experiencia, no solo en el ámbito del control externo, sino también en otras facetas del Tribunal de Cuentas, y por último, se expresan las razones por las que el órgano administrativo estima que el Sr. Domingo acredita en mayor medida esa experiencia. En cuanto al cese a los pocos días y a petición propia, del funcionario nombrado, Sr. Domingo



, afirma que carece de relevancia, si bien en conclusiones suscita la posibilidad de pueda considerarse un supuesto de pérdida de objeto. Por último, asevera que las afirmaciones del recurrente sobre la proximidad del funcionario adjudicatario del puesto con el consejero titular del Departamento 5º son meras opiniones subjetivas. Hacen referencia a un acto administrativo (el cese de don Domingo) que es posterior a la resolución del procedimiento de libre designación objeto del presente recurso, y que no ha sido objeto de impugnación.

CUARTO.- *La decisión de la Sala. Desestimación del recurso contencioso-administrativo.*

En primer lugar, hemos de rechazar la alegación de pérdida sobrevenida del objeto del proceso por razón del cese, a petición propia, del Sr. Domingo, cese que se produjo pocos días después de su nombramiento para el puesto para el que fue nombrado por la resolución litigiosa. Como bien señala en la contestación a la demanda la Abogacía del Estado, se trata de un acto que es posterior a la resolución del procedimiento de libre designación objeto del presente recurso, y que no impidió que el acto recurrido produjera los efectos jurídicos que le son propios, siendo irrelevante el posterior cese.

Entrando ya en el fondo, las características del procedimiento de libre designación para provisión de puestos de trabajo de la Administración pública han sido objeto de examen en una reiterada jurisprudencia de nuestra Sala. Como señalábamos en nuestra sentencia de 30 de abril de 2019 (rec. núm. 117/2017 - ES:TS:2019:1668) y en la de 9 de junio de 2020 (rec. cas. núm. 1195/2018 - ES:TS:2020:1806) esta forma de provisión de puestos de trabajo confiere a la Administración un amplio margen de decisión en el que, desde luego, juega la discrecionalidad técnica, la cual debe ser respetada al someterla al control jurisdiccional. No obstante, esa misma jurisprudencia no deja de poner de relieve que el ejercicio de toda discrecionalidad administrativa es compatible con la fiscalización judicial del respeto a los elementos reglados que la circundan y con el examen de los que se han llamado aledaños de la decisión final. Y destaca, asimismo, que esa discrecionalidad ha de respetar siempre el límite que el artículo 9.3 de la Constitución impone a los poderes públicos: el de la interdicción de la arbitrariedad. De igual modo, señala que, a fin de que sea posible determinar el correcto ejercicio de las potestades discrecionales, ha de ir acompañado en supuestos como este de una motivación suficiente en términos de mérito y capacidad y de lo requerido en la convocatoria para su valoración y control.

En particular, respecto a la provisión de plazas funcionariales mediante libre designación, como es el caso, la discrecionalidad que preside su adjudicación se manifiesta ya en las relaciones de puestos de trabajo al clasificarse el puesto para ser cubierto mediante esa forma de provisión por razones de especial responsabilidad y confianza (art. 80.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en lo sucesivo EBEP), opción ésta que debe quedar justificada atendiendo a la naturaleza de las funciones asociadas al puesto [cf. artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en relación con el artículo 36.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, Reglamento General de ingreso de personal al servicio de la administración general del Estado, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional ["RGPPT"]].

En definitiva, la idoneidad para el puesto la aprecia libremente el órgano competente, juicio que debe ponerse en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto caracterizado por esa especial responsabilidad que justificó su clasificación como de libre designación y ese libre juicio de idoneidad es lo que integra la idea de confianza en que el designado realizará un buen desempeño del puesto.

En todo caso, el ejercicio de tal potestad discrecional queda sujeta al deber general de motivar, conforme al artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Bajo estas consideraciones, concluimos que la resolución de adjudicación, y por remisión de la misma, el informe propuesta del Consejero titular del Departamento 5º se ajustó plenamente a estos requisitos y no puede calificarse de arbitrario ni que haya incurrido en desviación de poder. Expone de manera explícita aquellos candidatos que acreditaban especialización en Auditoría y Contabilidad Pública, entendida esta como requisito mínimo indispensable de profesionalidad, entre ellos el recurrente, pero también el funcionario finalmente adjudicatario del puesto. No existe como pretende el recurrente, un desplazamiento del mérito esencial de la especialización en el ámbito del control externo pues está presente en la identificación de aquellos funcionarios que lo ostentan. Tanto el Sr. Domingo como el recurrente son funcionarios del Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas en cuyas pruebas selectivas, y en particular en el programa correspondiente, figura la materia de Auditoría y Contabilidad. De la prueba obrante en el expediente administrativo, así como la documental aportada, resulta acreditado que la valoración de los servicios prestados por el Sr. Domingo en el ámbito de la fiscalización externa se corresponde con la realidad. Así, en el expediente administrativo obra el currículo del Sr. Domingo, y en el epígrafe "Experiencia en actividades internacionales", dicho funcionario menciona su participación "como asesor jurídico del equipo de auditoría internacional del Tribunal de Cuentas para la fiscalización de Pan American Health Organization (Organización



Panamericana de la Salud), años 2015-2016". Asegura el recurrente que tal participación, en realidad, se limitó a la faceta jurídica, extremo que sin embargo no acredita y que no sólo se contradice con lo que se expone en el expediente administrativo, sino también con el informe del Director de la Fiscalización de referencia (Pan American Health Organization - Organización Panamericana de la Salud, años 2015- 2016) el Auditor del Tribunal de Cuentas don Roque , que se adjuntó a la contestación a la demanda y fue admitido como documental en el auto de 12 de septiembre de 2018. En dicho informe, y junto con los documentos que lo acompañan, todos ellos pertenecientes al procedimiento fiscalizador, se constata la realización por el señor Domingo de las funciones propias de auditor, tales como la realización del programa de trabajo, de las pruebas de cumplimiento y sustantivas y de la elaboración del memorándum del área, así como la supervisión del Técnico de Auditoría (grupo A2) que tuviese asignado.

Junto a esta valoración de la experiencia en el campo de la Auditoría y Contabilidad en labores de fiscalización externa, que resulta debidamente acreditada, el órgano administrativo valoró otros aspectos que expuso motivadamente en su decisión, de acuerdo con un criterio que no pueda calificar en absoluto de arbitrario, y concluyó que la experiencia del candidato propuesto como adjudicatario tanto en el ámbito de la función fiscalizadora, ya examinado, como en el enjuiciamiento de las responsabilidades contables - que el actor no desvirtúa- y en las funciones desempeñadas en puestos del departamento de la Presidencia del Tribunal, le proporcionaba una visión global de la Institución y de su funcionamiento de la que carecían los demás candidatos, y que debía ser tenida en cuenta. Si bien la elección de los méritos prioritarios debe hacerse *"en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto"*, tal y como exige el artículo 80.1 EBEP, sin embargo no puede ser restringida a una simple cuantificación de esos requisitos, que haga desaparecer el juicio de idoneidad y confianza respecto de la persona a designar, juicio que corresponde al órgano competente, pues ello convertiría el procedimiento de libre designación en un concurso, en que tanto la selección de los méritos como el sistema de cuantificación de los mismos están predeterminados y reglados en la convocatoria.

Desde luego que el amplio margen de apreciación que debe serle reconocido al órgano administrativo en el ejercicio de su decisión no impide el control de la motivación de su decisión. Pero lo cierto es que, en el informe de propuesta, ya examinado y al que se remite la resolución, quedan bien visibles las razones que han llevado a tomar su decisión de adjudicación a la persona que ha resultado nombrada, teniendo en cuenta los elementos de ponderación que la propia convocatoria ha establecido y los que expresa el informe, que en absoluto resultan arbitrarios. Por otra parte, la aseveración de desviación de poder no se asienta más que en consideraciones de índole estrictamente subjetiva. A estos efectos conviene recordar que la desviación de poder implica, como se desprende del art. 70.2 de la LJCA y de la copiosa jurisprudencia a que ha dado lugar, es una infracción del Ordenamiento Jurídico que se produce en los actos que, ajustados a la legalidad extrínseca, están inspirados en consideraciones ajenas al interés del servicio por lo que la apreciación de este vicio requiere la investigación de las intenciones subjetivas del agente público. Por eso, este Tribunal - así nuestra sentencia de 20 de julio de 2016 (rec. cas. núm. 4229/2014 - ES:TS:2016:3777), y sentencia de 5 de diciembre de 2012 (rec. cas. núm. 1314/2011) y las que en ella se citan-establece "[...] que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine" (FD Sexto). La parte recurrente no ha acreditado en absoluto la finalidad desviada de la decisión impugnada, y es evidente que se produce el supuesto de hecho en que se funda la resolución. En el concreto caso aquí enjuiciado, no hay elementos que permitan llevar a la convicción de que la prioridad frente a los restantes candidatos, otorgada por la resolución de la presidencia del Tribunal de Cuentas en el nombramiento recurrido, estuviera determinada por razones ajenas a las de profesionalidad y especial valoración de los méritos y capacidad acreditada por el funcionario designado, como por otra parte ratificó el acuerdo desestimatorio del recurso de alzada. Las extensas exposiciones de la demanda sobre supuestas postergaciones del recurrente en actividades en el ámbito internacional, y la especial relación que atribuye al adjudicatario por mor de la simple coincidencia temporal en determinados departamentos con el consejero que menciona en su demanda, no pasan de ser apreciaciones puramente subjetivas que no pueden sustituir la prueba acabada del fin desviado que exige nuestra jurisprudencia sobre la desviación de poder.

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo ha de ser rechazado.

QUINTO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA, tras la reforma por Ley 37/2011, atendida la fecha de interposición del recurso, se hace imposición de costas a la parte recurrente, don Rodrigo , y haciendo uso de la facultad prevista en el apartado 4 del mismo artículo 139, establecemos que la cuantía de las costas, por todos los conceptos, no puede superar la cantidad de tres mil euros.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso contencioso administrativo núm. 243/2018, interpuesto por don Rodrigo , actuando en su propio nombre, contra la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, de fecha 25 de abril de 2018, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto en fecha 23 de febrero de 2018 frente a la Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas de 1 de febrero de 2018 (publicada en el BOE de 6 de febrero), por la que se resuelve la convocatoria de libre designación efectuada por Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas 23 de octubre de 2017, respecto del puesto de trabajo número de orden 4º.

2.- Imponer las costas, en los términos previstos en el último fundamento, a la parte recurrente, don Rodrigo .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ