CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON
presentadas el 1 de diciembre de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. La demanda del Sr. Bossi se refiere, en cuanto al fondo, a una cuestión por desgracia corriente en el contencioso de la función pública comunitaria: ¿en qué medida influye la inexistencia de informes de calificación de un funcionario en la regularidad de un procedimiento de promoción que no le ha sido favorable? La jurisprudencia de este Tribunal ha sentado ya los principios que permiten responder a semejante pregunta.

2. Pero antes de abordar el fondo, este Tribunal debe pronunciarse sobre varias excepciones de inadmisibilidad propuestas por la Comisión.

3. Una de ellas no me parece que se preste a discusión. Me parece en efecto que, en la segunda petición de anulación, la demanda se refiere a un acto que no existía en la fecha en que ésta se presentó. Como ha indicado con razón la Comisión, la «lista de los funcionarios efectivamente promotivos durante el ejercicio 1987» no se había redactado ni publicado cuando el Sr. Bossi presentó su demanda, es decir, el 11 de noviembre de 1987. Dicha lista sólo se publicó en el nº 545 de las «Informaciones administrativas» de 14 de diciembre de 1987.

4. Por lo demás, una lista semejante no constituye en realidad la decisión de promoción como tal. Es una modalidad de información de decisiones anteriormente producidas. Asimismo, una persona que estime que le interesa puede, bien impugnar una o varias decisiones de promoción de las que ha tenido conocimiento distintamente, o bien impugnarlas con motivo de la publicación de la lista si las ha conocido gracias a ella. En cambio, la demanda del Sr. Bossi, que no se dirige precisamente ni a las decisiones de promoción producidas anteriormente a su presentación, ni a una lista de promoción ya redactada y publicada, no puede ser admitida en lo que se refiere a esta cuestión. La admisibilidad de una petición de anulación «con carácter provisional», por decirlo así, no me parece concebible.

5. Las demás excepciones de inadmisibilidad, relativas a la tercera petición de anulación y a las tres peticiones de indemnización deben examinarse más detenidamente.

6. No ocultaré a este Tribunal que las alegaciones formuladas por la Comisión en apoyo de las excepciones en cuestión me parecen de un rigor excesivo, que traduce, especialmente, una insuficiente consideración de las implicaciones del procedimiento previo de reclamación establecido por el legislador comunitario en el artículo 90 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas.

7. Este procedimiento previo, obligatorio en virtud del apartado 2 del artículo 91 del Es-

* Lengua original: francés.

tatuto, me parece concebido esencialmente como una vía de conciliación entre la Administración comunitaria y su funcionario y, por consiguiente, como un modo de prevención del contencioso ante este Tribunal de Justicia. En el ámbito de este procedimiento, la solución de los litigios podrá pasar tanto por la consideración de la legalidad como por la de la oportunidad. Asimismo, procede permitir que se desarrolle con flexibilidad, sin un formalismo excesivo.

8. Ahora bien, me parece que se demuestra un formalismo semejante al exigirse una estricta identidad entre las peticiones formuladas en la fase de la reclamación a la AFPN y las presentadas en la demanda contenciosa.

9. Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal,

«en los recursos de funcionarios, las pretensiones deducidas ante el Tribunal de Justicia deben tener el mismo objeto que las planteadas en la reclamación y [...] contener motivos de impugnación que se apoyen en la misma causa que los alegados en la reclamación». [1]

¿Qué hay que entender por pretensiones que tengan «el mismo objeto?»

10. La Comisión se atiene a una concepción muy formal al solicitar la inadmisibilidad de las pretensiones de indemnización, por no haberse formulado ninguna en el ámbito de la reclamación ante la AFPN. El Sr. Bossi solicitó entonces «la anulación de la decisión de no hacer(le) figurar en la lista de los funcionarios considerados con más méritos para obtener una promoción en el grado B 1, ejercicio 1987». Según la Comisión, en este Tribunal sólo podía repetir esta petición, sin poder ampliarla.

11. Tal concepción estaría ampliamente justificada con respecto a la identidad de una demanda de apelación con relación a una de primera instancia. Pero me parece que el procedimiento de reclamación previo ante la AFPN no es asimilable al sometimiento de un asunto a un órgano jurisdiccional de primer grado. En el ámbito de la reclamación previa al litigio, todavía reciente, puede, como hemos visto, encontrar una solución no estrictamente jurídica.

12. Además, me parece que la concepción defendida por la Comisión debe conducir necesariamente al funcionario a «cargar las tintas» en su reclamación, dicho de otra manera, a dar, desde el comienzo, un máximo impacto al litigio que le opone a la administración, lo que no puede sino hacer más difícil, más conflictivo el desarrollo de este procedimiento previo, y disminuir sus posibilidades de llegar a una conciliación. Así, paradójicamente, la exigencia de identidad de objeto, estrictamente comprendida, lleva en ciernes una disminución de la eficacia de la prevención del contencioso de la función pública comunitaria y, por consiguiente, un incremento de éste.

13. La jurisprudencia de este Tribunal no parece definitivamente fijada entre formalismo y flexibilidad puesto que, si bien en su sentencia Jänsch de 10 de diciembre de 1987, [2] declaró que «no procede admitirla

1 — Asunto 242/85, Geist/Comisión, sentencia de 20 de mayo de 1987, Rec. 1987, p. 2181, apartado 9.

2 — Asunto 277/84, Rec. 1987, p. 4923, apartado 10.

puesto que fue presentada por primera vez en el escrito de demanda», en relación con una petición de indemnización por el perjuicio experimentado en carrera, no declaró la inadmisibilidad y desestimó el fondo, en su sentencia Vincent, de 10 de junio de 1987,[3] de una petición de indemnización formulada por primera vez en el escrito de réplica, cuando el Abogado General había propuesto la inadmisibilidad. También hay que recordar que en su decisión Oberthür,[4] de 5 de junio de 1980, «condenó de oficio a la parte demandada», en el caso de autos la Comisión, «al pago de una indemnización por daño moral causado por el funcionamiento de sus servicios» *(traducción provisional)*, cuando la parte demandante no había presentado ninguna petición de indemnización.

14. Dado que la jurisprudencia de este Tribunal parece aún vacilante, el asunto que se le somete hoy proporciona la ocasión para fijarla. Propongo a este Tribunal que lo haga en el sentido de una aplicación del concepto de identidad menos estricta que la que parece gozar de las preferencias de la Comisión.

15. Cualquier reclamación de un funcionario tiene por objeto una actuación determinada de la Administración, o una abstención de actuar determinada. Se dirige a la supresión de los efectos de la actuación o de la abstención por medio de una modificación del comportamiento de la administración, o de una compensación concedida por ésta, o ambas acumulativamente. Por consiguiente, su objeto engloba los diferentes motivos que permiten conseguir la supresión de los efectos en cuestión. Ante este Tribunal de Justicia, la demanda no podría referirse a otra actuación o a otra abstención, porque se cambiaría la causa de la petición. Pero sería, en cambio, indiferente, con respecto a la exigencia de identidad de objeto, que la misma actuación o la misma abstención diera lugar, ante este Tribunal, también a una petición de indemnización, mientras que la reclamación sólo implicara una petición de anulación. Anulación e indemnización tienen, en este caso, como mismo objeto la supresión de los mismos objetos jurídicos.

16. Más concretamente, a partir de los datos del caso de autos que se someten a este Tribunal, procede considerar que la petición de anulación de la decisión de que el Sr. Bossi no figure en la lista de los funcionarios considerados con más méritos para obtener una promoción al grado B 1, ejercicio 1987, formulada en la reclamación previa, y las peticiones de indemnización expresadas en la demanda contenciosa, tienen un único y mismo objeto: el restablecimiento de los derechos del Sr. Bossi en el ámbito del procedimiento de promoción aplicado en la Comisión en 1987.

17. Dicho análisis me parece que se corresponde con la jurisprudencia, recordada en la sentencia Rihoux de este Tribunal, de 7 de mayo de 1986,[5] según la cual:

«el artículo 91 del Estatuto tiene por objeto permitir y favorecer un arreglo amistoso en los litigios entre los funcionarios y la administración. Para satisfacer esta exigencia, conviene que esta última esté en condiciones de conocer con suficiente precisión los agravios o deseos del interesado. Por el contrario, esta disposición no tiene por objeto vin-

3 — Asunto 7/86, Rec. 1987, p. 2473.

4 — Asunto 24/79, Rec. 1980, p. 1743, apartado 14.

5 — Asunto 52/85, Rec. 1986, p. 1555, apartado 12.

cular, de forma rigurosa y definitiva, la eventual fase contenciosa con tal que el recurso jurisdiccional no modifique ni la causa ni el objeto de la reclamación».

En cuanto que un funcionario cuestiona la regularidad de una de sus actuaciones, la Comisión o cualquier otra institución comunitaria es, en mi opinión, perfectamente consciente de que las consecuencias perjudiciales eventuales de esta posible irregularidad podrán dar lugar a una reparación.

18. Por esta razón, propongo a este Tribunal que desestime las excepciones de inadmisibilidad propuestas por la Comisión en cuanto que alegan una inexistencia de identidad de objeto entre las peticiones formuladas en el contencioso y la reclamación previa, salvo en lo que se refiere a la segunda pretensión de indemnización, relativa a las promociones de los ejercicios posteriores a 1987, es decir, a procedimientos de promoción distintos al contemplado por la reclamación y, además, posteriores a la presentación de la demanda.

19. La Comisión afirma también que el carácter inadmisible de las peticiones de indemnización se deduce de que el demandante no invocó expresamente la existencia de un vínculo de causalidad entre la falta alegada y el perjuicio supuestamente sufrido y de que no puede, a la vez, reclamar la anulación de algunos actos y una indemnización por el perjuicio que le causan estos actos, puesto que en caso de anulación de éstos ya no habría perjuicio.

20. Contrariamente a la Comisión, me parece que el vínculo de causalidad entre la no promoción de B 2 a B 1, impugnada por el demandante, y la petición de indemnización correspondiente a la diferencia anual entre los sueldos y demás ventajas de los grados B 1 y B 2 se deduce muy evidentemente de la demanda, y que ello no plantea ningún problema de admisibilidad. Por otra parte, me gustaría poder suscribir una visión tan optimista de la responsabilidad administrativa como la de que la anulación de los actos hace desaparecer, por sí misma, cualquier perjuicio. Me parece que la realidad del Derecho de la función pública de las Comunidades no permite en absoluto plantear un postulado semejante y deducir de ahí la inadmisibilidad sugerida. El vínculo entre anulación y perjuicio me parece estrechamente relacionado con las circunstancias concretas de una anulación y, en consecuencia, con el fondo. Propongo también a este Tribunal, por consiguiente, que desestime las excepciones de inadmisibilidad en cuanto se basan en las dos alegaciones que acabo de mencionar.

21. La discusión sobre la inadmisibilidad me obliga a examinar específicamente la excepción que se refiere a la circunstancia de que la demanda del Sr. Bossi pretendía la anulación de la decisión denegatoria implícita de la reclamación previa, al ser ésta, según la Comisión, un acto confirmatorio que no puede recurrirse.

22. Estamos nuevamente en presencia de una posición formalista de la Comisión que me parece que va directamente contra el Reglamento por el que se estableció el Estatuto de los funcionarios comunitarios y se contradice, además, con el concepto de acto confirmatorio.

23. En primer lugar, el Estatuto. Recordemos que, según el apartado 2 del artículo 91:

«[...]

2. Sólo podrá ser admitido un recurso ante el Tribunal de Justicia si:

— previamente, se hubiere presentado reclamación ante la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90, y dentro del plazo que en el mismo se prevé, y

— si respecto de esta reclamación se hubiere adoptado una decisión denegatoria, ya sea explícita o implícita.

3. El recurso a que se refiere el apartado 2 deberá interponerse en un plazo de tres meses. Este plazo se computará:

[...]

— a partir del día que finalice el plazo para resolver, cuando el recurso tenga por objeto una decisión denegatoria implícita de una reclamación presentada en aplicación del apartado 2 del artículo 90.»

Leyendo estas disposiciones, me parece claro que, aunque la naturaleza de la decisión denegatoria implícita sea la de confirmar una actitud anterior de la administración, el legislador comunitario no ha dejado de prever expresamente una norma relativa al cómputo del plazo de recurso cuando éste «tenga por objeto una decisión denegatoria implícita de una reclamación». ¿Tendré que considerar esta norma como no escrita a causa de la alegación de la Comisión? No puedo pensarlo.

24. Además, me parece que el concepto de acto confirmatorio aplicado a la decisión denegatoria implícita de una reclamación no tiene mucho sentido. Este concepto, en Derecho administrativo general, sirve para descartar la posibilidad de un recurso contra un acto que no hace sino repetir una decisión anterior con respecto a la cual ha expirado el plazo de recurso. Esto no tiene nada que ver con la situación anteriormente analizada, en la que el legislador comunitario organiza un recurso administrativo previo y prevé expresamente que este procedimiento obligatorio conserva el plazo del recurso jurisdiccional, ya que el silencio guardado por la administración durante cuatro meses es, en virtud de los términos formales del Estatuto, constitutivo de una decisión que puede ser recurrida.

25. Asimismo, ni la letra del Estatuto ni el espíritu del concepto de acto confirmatorio me parece que vayan en el sentido de la inadmisibilidad alegada por la Comisión.

26. Cierto es que ésta invoca la sentencia Plug, de 9 de diciembre de 1982,[6] en la que, al remitirse a la sentencia Kuhner,[7] el Tribunal, contrariamente a las conclusiones del Abogado General Sr. Reischi, acordó la admisión de las peticiones dirigidas a la anulación de las decisiones denegatorias implícitas de reclamación al afirmar que:

«cualquier decisión denegatoria, ya sea implícita o explícita, si es pura y simple, no hace sino confirmar el acto o la abstención de que se queja el reclamante y no constituye un acto impugnable»[8] *(traducción provisional)*

6 — Asunto 191/81, Rec. 1982, p. 4229.

7 — Asuntos acumulados 33 y 75/79, sentencia de 28 de mayo de 1980, Rec. 1980, p. 1677.

8 — Asunto 191/81, antes citado, apartado 13.

27. Pero otras decisiones del Tribunal de Justicia se basan en un punto de vista diferente. Este Tribunal no consideró en absoluto confirmatoria y no susceptible de recurso la decisión denegatoria implícita de una reclamación en la sentencia Morbelli, de 21 de mayo de 1981,[9] y en la sentencia Andersen, de 19 de enero de 1984.[10] En esta última, señaló que,

«en el ámbito de lo contencioso de los funcionarios, organizado de tal manera que el procedimiento de reclamación precede necesariamente la interposición del recurso, el interés de los demandantes en pedir la anulación de la decisión por la que se desestima su reclamación al mismo tiempo que la del acto que les perjudica no puede negarse, cualquiera que sea el efecto concreto de la anulación de una decisión semejante en un caso determinado»[11] *(traducción provisional).*

Me parece que esta postura se atiene perfectamente a la letra del Estatuto y el espíritu del concepto de acto confirmatorio, concepto irrelevante con respecto a un acto producido, por definición, dentro del plazo de recurso. En la medida en que la jurisprudencia de este Tribunal parecía vacilar entre dos actitudes, propongo que consagre definitivamente la postura adoptada en la precedente sentencia Andersen y desestime la excepción de inadmisibilidad con respecto a la tercera pretensión de anulación.

28. Por último, en cuanto a la primera pretensión de anulación, con respecto a la cual la Comisión no alega ninguna inadmisibilidad, no procede, en mi opinión, proponer de oficio una excepción que se deduciría de que la lista de los funcionarios considerados con más méritos para una promoción al grado B 1 se consideraría un acto simplemente preparatorio de las decisiones efectivas de promoción, únicas que pueden recurrirse y que el demandante no ha impugnado conforme a Derecho. La sentencia Castille de este Tribunal, de 6 de febrero de 1986,[12] no le permitió solucionar esta cuestión y pronunciarse sobre el análisis que desarrolló ante él el Abogado General Sr. Lenz, que señalaba que,

«la lista de aquellos funcionarios con más méritos, que debe ser establecida por la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, constituye un acto definitivo, puesto que un funcionario que no figure en ella no puede ser promovido».[13]

Pero se puede señalar que en una anterior sentencia Ditterich,[14] este Tribunal desestimó, por razones de fondo, los motivos de infracción de una demanda que tenía por objeto una lista de los funcionarios con más méritos aprobada por la AFPN. Este Tribunal consideró así que una lista semejante es algo más que un mero acto preparatorio, y que puede recurrirse. Solicito a este Tribunal que confirme hoy esta postura.

29. Las excepciones de inadmisibilidad nos han ocupado mucho tiempo. Pero fueron objeto, en los escritos de la Comisión, de exposiciones tan largas que me pareció necesario tratarlas de manera detallada. Y compruebo que lo hice siguiendo un análisis ampliamente coincidente con el desarrollado por el Abogado General Sr. Tesauro en el asunto 224/87. Permítaseme sugerir a este Tribunal, por si comparte esta opinión, que se pronuncie de manera motivada sobre la suerte de estas excepciones, para evitar que,

9 — Asunto 156/80, Rec. 1981, p. 1357.

10 — Asunto 260/80, Rec. 1984, p. 177.

11 — Apartado 4.

12 — Asuntos acumulados 173/82, 157/83 y 186/84, Rec. 1986, p. 497, apartado 12.

13 — Rec. 1986, p. 502.

14 — Asunto 86/77, sentencia de 12 de octubre de 1978, Rec. 1978, p. 1855.

en los procedimientos que se le sometan en el futuro, se propongan causas de inadmisión improcedentes.

30. Hemos llegado al examen del fondo. La demanda desarrolla en cuatro motivos una argumentación que puede resumirse como sigue. En el procedimiento de promoción del grado B 2 al grado B 1 para el ejercicio 1987, los órganos competentes no tuvieron conocimiento de los informes de calificación del Sr. Bossi para los períodos 1981-1983 y 1983-1985, ya que dichos informes no se habían elaborado. Así, estos órganos no pudieron apreciar los méritos del interesado, que reunía las condiciones estatutarias para aspirar a tal promoción. Por ello, la inexistencia de los informes de calificación constituía una irregularidad que viciaba la aprobación, por parte de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, de la lista de los funcionarios considerados con más méritos para obtener una promoción al grado B 1 y constituía también un mal funcionamiento de los servicios, que dio lugar a un perjuicio material y moral.

31. Consta efectivamente en autos que la decisión impugnada, publicada el 2 de marzo de 1987, se adoptó cuando los informes de calificación del Sr. Bossi para los períodos considerados todavía no se habían elaborado ni, por consiguiente, se habían incluido en el expediente del interesado. Así, la aprobación de la lista de los funcionarios considerados con más méritos, al igual que las operaciones que la prepararon, a saber la consulta al comité de promoción y la puesta a punto de las propuestas de la Dirección en que prestaba sus servicios el Sr. Bossi, sobre la base de las cuales deliberó el comité, se desarrollaron sin tener en cuenta estos informes de calificación. Consta muy claramente en autos que el proceso de elaboración de los informes controvertidos no empezó a concretarse hasta el mes de mayo de 1987, es decir, después de que el Sr. Bossi presentara su reclamación, dirigida a la anulación de la decisión de no hacerle figurar en la lista de los funcionarios con más méritos.

32. Ante estos hechos, que han quedado demostrados, el demandante denuncia una infracción del artículo 43 y del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades así como del artículo 6 de las Disposiciones generales de ejecución relativas a la calificación del personal, precisando que no pudieron tenerse en cuenta en el desarrollo del procedimiento de promoción informaciones esenciales que le afectaban: adquisición de una especialización en el acondicionamiento de locales para ordenadores y la participación en cursos de formación en lengua inglesa. Alega, además, que la decisión impugnada se produjo sin que se hubiera consultado a su superior jerárquico en lo que respecta al período no comprendido por informes de calificación.

33. La Comisión, por su parte, afirma que, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la validez del desarrollo del procedimiento de promoción no resultó viciada por la inexistencia de los informes de calificación del Sr. Bossi, puesto que los órganos que intervinieron en este procedimiento dispusieron de todos los elementos de información oportunos para apreciar los méritos del interesado, y que la irregularidad constituida por la inexistencia de dichos informes no tuvo incidencia en la elección efectuada por éstos, que recayó en funcionarios de más edad, más antiguos o más brillantes que el demandante.

34. Según la citada sentencia Oberthür de este Tribunal, el informe de calificación que, según el artículo 43 del Estatuto, debe realizarse al menos cada dos años,

«constituye un elemento indispensable de apreciación cada vez que el poder jerárquico tiene en cuenta la carrera del funcionario»,

y este Tribunal recordó al respecto

«que, en virtud del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto, la promoción de los funcionarios sólo puede producirse previo examen comparativo de los méritos de los candidatos y de los informes que les conciernen»,

antes de llegar a la conclusión de que

«no satisface la exigencia del examen comparativo previsto por el artículo 45, el examen de los méritos de candidatos en el que, para algunos ya se ha elaborado el informe de calificación, de conformidad con el artículo 43, mientras que para otros todavía no» [15] *(traducción provisional).*

Sin embargo, este Tribunal indicó, en su sentencia Gratreau de 18 de diciembre de 1980, que,

«en circunstancias excepcionales, la inexistencia de informes de calificación puede compensarse con la existencia de otras informaciones sobre los méritos del funcionario» [16] *(traducción provisional).*

Este Tribunal también adoptó una posición matizada cuando señaló que su jurisprudencia no implicaba

«que todos los candidatos deban encontrarse [...] exactamente en la misma fase de sus informes de calificación, ni que la AFPN esté obligada a posponer su decisión si el informe más reciente de alguno de los candidatos no se ha elaborado aún»,

añadiendo que no bastaba, para anular los nombramientos o las promociones,

«que el expediente personal de uno solo de los candidatos sea irregular e incompleto, salvo si se demuestra que esta circunstancia ha podido tener una incidencia decisiva» [17] *(traducción provisional).*

en el procedimiento de que se trata.

35. En definitiva, me parece que la jurisprudencia de este Tribunal se ha pronunciado sobre dos cuestiones.

36. Sobre la cuestión de si un procedimiento de promoción satisface las exigencias formuladas en el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de un examen comparativo de los méritos de los candidatos, este Tribunal responde negativamente en el caso de que falten informes de calificación de un funcionario, a menos de que esta falta se compense con otras informaciones pertinentes, considerando sin embargo excepcional el recurso a un paliativo semejante, lo que me parece que significa que esta posibilidad no debe constituir para la administración una comodidad que pueda permitirla no elaborar los informes de calificación.

15 — Apartado 8.

16 — Asuntos acumulados 156/79 y 51/80, Rec. 1980, p. 3943, apartado 22.

17 — Asunto 263/81, List, sentencia de 27 de enero de 1983, Rec. 1983, p. 103, apartado 27, y asunto 7/86, Vicent, sentencia de 10 de junio de 1987, Rec. 1987, p. 2473.

37. Sobre la cuestión de si una irregularidad del procedimiento de promoción, relativa al incumplimiento de la exigencia de un examen comparativo de los méritos de los candidatos, debe dar lugar a la anulación de las promociones efectivamente decididas, este Tribunal responde negativamente, si no se demuestra que la irregularidad haya podido tener una incidencia determinante en las decisiones de promoción.

38. Por consiguiente, debo preguntarme en primer lugar si, en el procedimiento de promoción controvertido, los órganos competentes han podido proceder regularmente a un examen comparativo de los méritos de los candidatos a pesar de la falta de los informes de calificación del Sr. Bossi, y gracias a otros elementos de información.

39. La Comisión responde positivamente a esta cuestión. Subraya que las propuestas sometidas al comité de promoción por la Dirección en que trabajaba el Sr. Bossi se redactaron tras consultar a los Directores, Jefes de División y Jefes de Servicio especializados, que pueden facilitar una apreciación detallada de los méritos de cada uno de los funcionarios promovibles, con los que deben tratar muy frecuentemente y cuya calidad en los trabajos pueden juzgar regularmente. La Comisión se remitió en esta cuestión al escrito del Director Sr. Volpi, de fecha 22 de mayo de 1987, que indica que los superiores actuales y anteriores del Sr. Bossi participaron en las discusiones en el seno de la Dirección y que sus evaluaciones pudieron tomarse en consideración, pero que se llegó a la conclusión de que «teniendo en cuenta la edad y la antigüedad del interesado así como sus prestaciones comparadas con las de sus colegas, no era oportuno hacerle figurar en la lista de las propuestas».

40. La Comisión añade que, si un funcionario acude al comité de promoción, éste puede efectuar una evaluación comparativa particular de su situación y, así, corregir eventualmente olvidos criticables. Ahora bien, el Sr. Bossi no se quejó en el comité de no haber sido incluido en las propuestas de su Dirección General. Subraya que la AFPN adoptó la recomendación unánime del comité de promoción.

41. Esta argumentación me parece muy poco convincente. Procede señalar que se basa en parte en una declaración *a posteriori* de la Administración, singularmente del Sr. Volpi, que da garantías sobre el conocimiento de las cualidades y méritos del Sr. Bossi en el momento de la elaboración de las propuestas de la Dirección. A falta de elementos de evaluación más objetivos, por ejemplo testimonios de los superiores jerárquicos directos o próximos al Sr. Bossi que hubieran participado en las discusiones sobre las propuestas de la Dirección, una simple declaración unilateral de la parte demandada, posterior a la reclamación del interesado, no me parece que baste para establecer una certeza.

42. Además, los elementos del expediente relativos a las evaluaciones del Sr. Delhez, superior jerárquico directo del Sr. Bossi durante los períodos no cubiertos por los informes de calificación, no permiten determinar si se le consultó en el ámbito del procedimiento de promoción, en particular para la elaboración de las propuestas de la Dirección. La Comisión no alega precisamente en ningún momento una consulta semejante y se limita a señalar que el Sr. Delhez dejó el servicio cuando las propuestas estaban hechas. La alegación según la cual las propuestas se elaboraron «como resultado de

profundas discusiones en el seno de cada Dirección, en las que participaron los superiores actuales y anteriores del Sr. Bossi», [18] me parece, a falta de mayores precisiones, muy vaga. A este respecto, la precisión, dada en la vista, de la identidad de los superiores jerárquicos de este funcionario no proporciona, por sí sola, la prueba de que las personas en cuestión hayan facilitado efectivamente informaciones sustanciales sobre estos méritos.

43. Además, las indicaciones dadas por la Comisión no permiten establecer en absoluto que se haya efectuado en el comité de promoción un examen de la situación del Sr. Bossi. Me parece incluso que convencen de lo contrario. En efecto, la Comisión declara que este comité puede reparar los «olvidos» eventuales de las Direcciones a condición de que se le sometan casos particulares. Cuando esto no sucede, el comité delibera «sobre la base de las propuestas de los Servicios y de su orden de prioridad», [19] lo que significa, claramente, que no procede a un reexamen de la situación de todos los funcionarios promovibles. Ahora bien, el Sr. Bossi no sometió el asunto al comité por no figurar en las propuestas de su Dirección.

44. A este respecto, quiero leer a este Tribunal un párrafo del escrito de dúplica de la Comisión que me parece muy revelador. En la página 5 de este documento, indica que al comité de promoción

«no le llamó la atención el demandante sobre su caso, de manera que es difícil imaginar cómo, cuando tenía que reducir considerablemente el número de funcionarios que había que seleccionar para la inscripción en la lista de los más meritorios con relación a los funcionarios propuestos, este comité habría podido incluir el nombre del demandante, que no había protestado especialmente ante él contra el hecho de que no hubiera sido propuesto por su Dirección General».

No se puede decir más claramente que en el comité de promoción no se efectuó ningún examen especial de los méritos del Sr. Bossi. Por consiguiente, parece difícil estimar que las informaciones facilitadas a este comité permitieran compensar la inexistencia de informes de calificación para la evaluación de los méritos del interesado.

45. Me parece que el hecho de que el Sr. Bossi no hubiera señalado por sí mismo su situación al comité de promoción no puede oponérsele en este asunto. Ello equivaldría, si no, a hacerle soportar las consecuencias de la omisión de la Administración, que no elaboró los informes de calificación a su debido tiempo. Estimo que, en el ámbito del Estatuto, el funcionario tiene derecho a que sus méritos se evalúen en un procedimiento de promoción, a partir de sus informes de calificación o, cuando excepcionalmente faltan éstos, de cualesquiera otros elementos oportunos. No tiene que pedir especialmente el disfrute de este derecho, y no se le puede denegar porque no lo haya pedido.

46. Por último, dado que la AFPN adoptó la lista de los funcionarios con más méritos basándose en la recomendación unánime del comité de promoción, nada permite pensar que esta última fase implicara un examen especial de los méritos del Sr. Bossi.

18 — Escrito de dúplica de la Comisión, p. 8.

19 — Apartado 8 del anexo 2 del escrito de contestación de la Comisión, y p. 15 de dicho escrito.

47. Según la sentencia Oberthür de este Tribunal, corresponde a la Comisión demostrar que la inexistencia del informe de calificación de un funcionario se compensa con otros elementos que pueden informar al comité de promoción y a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos de los méritos del funcionario durante el período considerado. [20]

48. Estimo, a la vista de las consideraciones que preceden, que la Comisión no ha demostrado, en el presente caso, que la inexistencia del informe de calificación haya quedado compensada con otros elementos apropiados para informar a los órganos competentes. LLego, por tal motivo, a la conclusión de que las exigencias de la norma del examen comparativo de los méritos de los funcionarios que aspiran a la promoción, formulada en el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto, no se han cumplido y de que la disposición estatutaria en cuestión no se ha respetado.

49. ¿Se puede, por consiguiente, proponer la anulación de la decisión impugnada, o hay que demostrar además que la irregularidad con respecto al apartado 1 del artículo 45 del Estatuto ha podido tener una incidencia decisiva en el procedimiento de promoción?

50. Pienso que no es necesario poner aquí de manifiesto una incidencia decisiva. La jurisprudencia de este Tribunal demuestra claramente que la condición bastante estricta, si no severa, de «la incidencia decisiva» sólo se ha impuesto para evitar la anulación automáticamente de las promociones, a menudo numerosas, que se realizan como resultado de un procedimiento viciado por una irregularidad relacionada con la evaluación de los méritos de un único candidato. En efecto, únicamente la perspectiva grave de que se vuelvan a cuestionar situaciones individuales, a menudo numerosas, justifica que, ante una irregularidad sustancial del procedimiento de promoción, este Tribunal no considere inevitable la anulación de las promociones finalmente decididas. Ahora bien, como hemos visto, la demanda del Sr. Bossi no se puede admitir con respecto a las decisiones de promoción efectivamente adoptadas. Sólo afecta por consiguiente, en el terreno de la anulación, a la decisión de la AFPN por la que se establece la lista de los funcionarios considerados con más méritos, así como a la decisión denegatoria implícita de la reclamación.

51. Las decisiones de promoción del grado B 2 al grado B 1 producidas durante el ejercicio 1987 son hoy definitivas a falta de impugnación regular a su respecto. Las situaciones de sus beneficiarios ya no pueden cuestionarse nuevamente. Tal como indicó en la vista el representante de la Comisión, la anulación de la decisión de la AFPN por la que se establece la lista de los funcionarios con más méritos para una promoción al grado B 1 no tendría consecuencias en estas situaciones. Por consiguiente, me parece que ninguna consideración de oportunidad administraiva o de preservación de situaciones individuales puede, en el caso de autos, obstaculizar que la irregularidad del procedimiento de promoción al grado B 1 reciba la sanción que dicta el principio de legalidad, a saber la anulación de la decisión por la que se establece la lista de los funcionarios con más méritos. Por consiguiente, invito a este Tribunal a que pronuncie esta anulación.

52. Una decisión semejante me parece tanto más deseable por cuanto que reviste ciertamente un carácter ejemplar con arreglo a carencias administrativas repetidas en la elaboración de los informes de calificación.

20 — Asunto 24/79, antes citado, apartado 10.

53. En efecto, la situación del Sr. Bossi, que vio cómo se desarrollaba el procedimiento de las promociones para 1987, cuando no había sido objeto de calificación desde 1981, no constituye un hecho aislado. La lista de las sentencias que este Tribunal ha dictado en casos semejantes es larga. El retraso que este Tribunal calificó, en la sentencia List, como «considerable e inexplicable» [21] no parece por desgracia excepcional en la práctica administrativa de las instituciones comunitarias. Asimismo, las sanciones contenciosas de dichas prácticas deben, en mi opinión, concebirse desde el punto de vista de evitar su renovación y mejorar su funcionamiento.

54. En sus conclusiones en el asunto Grateau, [22] el Abogado General Sr. Mayras planteó claramente el problema de la sanción adecuada de las omisiones relativas a la elaboración de los informes de calificación. Refiriéndose a la precedente sentencia Oberthür en la que, al comprobar una irregularidad en el procedimiento de promoción por la inexistencia de informes de calificación y a la falta de elementos de información que pudieran suplirlos, este Tribunal estimó, sin embargo, que la anulación de las promociones de 40 funcionarios constituiría una sanción excesiva y prefirió condenar de oficio a la Comisión al pago de una indemnización por el daño moral causado por el funcionamiento de los servicios, [23] el Abogado General transmitió al Tribunal las dudas que le inspiraba semejante solución. La concesión de una indemnización no era, en su opinión,

«el remedio apropiado para sancionar las irregularidades cometidas en un procedimiento de promoción» [24] *(traducción provisional)*,

y recordó a este Tribunal este párrafo de sus conclusiones en el asunto Oberthür:

«No todo es necesariamente una cuestión de dinero y el mejor medio de moralizar la gestión administrativa no consiste en ponerle precio al perjuicio» [25] *(traducción provisional)*.

También estimaba que la anulación de las decisiones de promoción podía, en determinadas circunstancias, constituir la sanción apropiada de las irregularidades cometidas, ya que la Administración podía perfectamente asumir sus consecuencias, por medio del procedimiento de la reconstitución de la carrera, por ejemplo.

55. Comparto en esta cuestión la opinión de mi predecesor. Soy consciente de las reticencias de este Tribunal a sancionar con la anulación de las promociones las irregularidades del tipo de las comprobadas en el presente asunto, pero pienso que no siempre podrá evitarse una solución semejante, a menos de instalar a la administración en una situación de inmunidad.

56. Por consiguiente, la anulación, no de las promociones, sino de la decisión de la AFPN por la que se aprueba la lista de los funcionarios considerados con más méritos tendría la significación de un «disparo de aviso» dirigido a la Comisión, de una advertencia de la que cabría esperar que fuera suficientemente comprendida para prevenir, tanto omisiones parecidas, como el recurso a sanciones con consecuencias perjudiciales para otros funcionarios.

57. Quedan por examinar las peticiones de indemnización.

21 — Asunto 263/81, antes citado, apartado 28.

22 — Asuntos acumulados 156/79 y 51/80, antes citado, Rec. 1980, p. 3943.

23 — Asunto 24/79, antes citado.

24 — Conclusiones, Rec. 1980, p. 3965.

25 — Rec. 1980, p. 1766.

58. La primera petición a este respecto me parece que, en el caso de autos, debe desestimarse. La irregularidad anteriormente señalada no consistió en no promover el Sr. Bossi, sino en no haber procedido a un examen regular de sus méritos. La falta de la Administración residió en el hecho de haber ignorado no un derecho del Sr. Bossi a ser promovido, sino el consagrado en el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto a beneficiarse del examen comparativo de los méritos de los candidatos. Si este examen comparativo se hubiera producido conforme a Derecho, nada permite afirmar que finalmente hubiera dado lugar a la promoción del intervalo. Por ello, el perjuicio material invocado por éste, y consistente en la «diferencia anual de sueldo y demás ventajas entre los grados B 2 y B 1» no me parece, en el caso de autos, ni suficientemente directo, ni sobre todo suficientemente cierto, como para justificar una reparación.

59. En cambio, me parece difícil descartar cualquier reparación del perjuicio moral. En su sentencia Castille, este Tribunal estimó que

«el retraso en la elaboración de los informes de calificación, basta por sí solo para causar un perjuicio al funcionario, aunque sólo fuera por el hecho de que el desarrollo de su carrera hubiera podido verse afectado por la inexistencia de tal informe, precisamente cuando debían adoptarse las decisiones que a él le concernían».[26]

Este Tribunal recordó asimismo, en su sentencia Vincent, citando la sentencia Geist, de 14 de julio de 1977, que

«un demandante "sufre un daño moral como consecuencia de que su expediente personal sea irregular e incompleto, siendo así que la calificación obligatoria es una garantía del funcionario para el regular desarrollo de su carrera", y que la inexistencia del informe de calificación, debida únicamente a la institución, puede crearle un estado de incertidumbre e inquietud acerca de su futuro profesional».[27]

60. En el presente asunto, en que el primer signo perceptible del proceso de elaboración de los informes de calificación del Sr. Bossi para los períodos 1981-1983 y 1983-1985 no apareció hasta la presentación de la reclamación y hasta la aprobación de la lista de los funcionarios considerados con más méritos, sin que el procedimiento se repitiera entonces para examinar la situación del interesado sobre la base de los nuevos elementos, me parece que esto justifica la existencia de un perjuicio moral. Y este perjuicio no se reparó mediante la anulación de la decisión de la AFPN por la que se aprueba la lista de los funcionarios considerados con más méritos. En efecto, el hecho de no haberse elaborado los informes de calificación constituyó, por sí solo e independientemente de sus consecuencias sobre la regularidad del procedimiento de promoción, una falta que implicaba un perjuicio. Pienso que éste es el sentido de las citadas sentencias de este Tribunal Castille y Geist.

61. Por ello, estimo que procede condenar a la Comisión a reparar el perjuicio sufrido. Propongo a este Tribunal que lo evalúe, *ex aequo et bono*, en 25 000 BFR.

26 — Asuntos acumulados 173/82, 157/83 y 186/84, antes citados, apartado 36.

27 — Asunto 7/86, antes citado, apartado 25.

62. En definitiva, propongo:

1) la inadmisibilidad de la segunda pretensión de anulación y de la segunda pretensión de indemnización, debiendo desestimarse las otras excepciones propuestas por la Comisión;

2) sobre el fondo,

   a) la anulación de la decisión de la AFPN por la que se aprueba la lista de los funcionarios considerados con más méritos para obtener una promoción al grado B 1, durante el ejercicio presupuestario 1987, publicada el 2 de marzo de 1987; por consiguiente, la anulación de la decisión denegatoria implícita de la reclamación presentada por el Sr. Bossi el 15 de abril de 1987;

   b) la condena de la Comisión al pago de 25 000 BFR como reparación del perjuicio moral sufrido por el Sr. Bossi;

   c) en estas circunstancias, que se desestime la petición de reparación de un perjuicio material;

3) la condena de la Comisión en costas.