CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ
presentadas el 5 de febrero de 1987 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Hechos

1. La parte demandante en el asunto que debatimos hoy entró en 1973 como agente temporal de grado B 4 al servicio del Parlamento Europeo. A partir de 1977, trabajó cinco años en la Oficina de Información de Londres y desde el mes de marzo de 1982 está empleada en la Dirección General de Investigación y Documentación del Servicio de Biblioteca. Actualmente se encuentra clasificada en el grado B 1.

2. La demandante impugna el nombramiento para un puesto B 1 en la Dirección General de Investigación y Documentación, servicio de derechos del hombre, por el cual se interesa también ella misma.

3. El Sr. Fumagalli, al que se le atribuyó este puesto mediante ascenso, se encuentra al servicio del Parlamento desde el mes de octubre de 1971. Después de haber estado contratado como agente auxiliar, se le nombró funcionario en el mes de mayo de 1973 y a continuación —tras un ascenso— se le clasificó en el grado B 2. A partir del mes de octubre de 1980, se le destinó en comisión de servicio ante un grupo político (como cosecretario general) conforme al artículo 37 del Estatuto de los funcionarios. Cuando finalizó su destino en comisión de servicio (en el mes de octubre de 1984), se le reintegró a la Secretaría General del Parlamento donde se le destinó al puesto susodicho, que quedaba así subocupado.

4. En el mes de junio de 1985 el Parlamento informó a través del anuncio de vacante nº 4615 que el puesto en cuestión se cubriría mediante ascenso o traslado. Se presentaron once candidaturas, entre ellas la de la parte demandante; ocho provenían de candidatos al ascenso, entre los que se encontraba el Sr. Fumagalli, que figuraba en la lista de candidatos al ascenso desde 1984. El 20 de junio de 1985, la lista de candidatos se transmitió para informe al director general de Investigación y Documentación (desde el 1 de enero de 1985, se trataba del Sr. Palmer) con la siguiente mención expresa: «Puede Vd. consultar los expedientes personales de los interesados en el Servicio de Gestión, Oficina de expedientes personales». El 4 de julio de 1985, el director general en cuestión propuso el ascenso del Sr. Fumagalli al puesto vacante, ascenso que tuvo lugar —con efectos de 1 de julio de 1985— mediante decisión del director general de Administración y Personal del Parlamento Europeo de 17 de julio de 1985. El 23 de agosto de 1985, la parte demandante fue informada del hecho de que no se había seleccionado su candidatura.

5. Ya con anterioridad a esta fecha, al darse cuenta de cuál sería el resultado del procedimiento de concurso, había interpuesto, el 14 de agosto de 1985, una reclamación ante la autoridad facultada para proceder a los nombramientos. En la misma, alegaba para cuestionar la decisión impugnada que ella misma cumplía los requisitos del anuncio de vacante y que no se había demostrado que el funcionario designado para el puesto estuviera claramente más capacitado que ella. Además, también había oído decir que el puesto en cuestión estaba destinado en realidad a «regularizar» la situación del Sr. Fumagalli.

* Traducido del alemán.

6. Dado que su gestión no tuvo éxito —se rechazó su reclamación mediante decisión del director general de Administración, Personal y Finanzas de 4 de diciembre de 1985—, la parte demandante sometió el asunto al Tribunal de Justicia el 21 de febrero de 1986. Solicitaba al Tribunal:

— que anulara o bien modificara:

1) la decisión del director general de Administración, Personal y Finanzas del Parlamento Europeo de 17 de julio de 1985 por la que designaba al Sr. Alberto Fumagalli para el puesto citado en el anuncio de vacante;

2) la decisión rechazando la candidatura de la parte demandante a este mismo puesto, así como,

— en el caso de que el recurso impugnatorio se considere admisible y fundado, que se declare que el puesto en cuestión se asignara a la parte demandante.

7. El Parlamento, parte demandada en el caso de autos, estima en primer lugar que no procede admitir el recurso. Opina, además, que de todas formas debe desestimarse por no estar fundado.

B. Este litigio merece, en nuestra opinión, la siguiente valoración

I. *Sobre la admisibilidad del recurso*

8. El Parlamento defendió en este punto la opinión de que el acto de nombramiento de otro funcionario para el puesto B 1 vacante (que supuso el rechazo de la candidatura de la parte demandante) *no* puede considerarse *una medida lesiva* puesto que ésta estaba clasificada ya en el grado B 1. Por otra parte, opina que la parte demandante carece de *legitimación* activa. No se le puede reconocer una legitimación material teniendo en cuenta su clasificación actual (ni en forma de posibles perspectivas de carrera vinculadas al puesto en cuestión), y en la medida en que la demandante alega una legitimación moral (es decir razones personales vinculadas a un traslado, tal como resulta de los documentos unidos a su réplica), es evidente que este elemento no puede tenerse en cuenta en el marco del artículo 91 del Estatuto de los funcionarios.

9. En opinión de la demandante, por el contrario, este juicio es inexacto. Según ella, por una parte no se puede negar la existencia de un acto lesivo porque el acto objeto del litigio se adoptó, afirma, vulnerando el procedimiento de nombramiento, es decir, incurriendo en desviación de poder. Por otra parte, hace uso del derecho a recurrir consagrado por el artículo 7 del Estatuto de los funcionarios referido a los traslados (a este respecto, debería bastar con que considerase desagradables sus actuales condiciones de trabajo y más satisfactoria la actividad vinculada al puesto que se quiere cubrir a causa de su carácter particular) y señala que la jurisprudencia en numerosas ocasiones ha considerado actos lesivos las decisiones de traslados.

10. Sobre esta cuestión, se puede aceptar de entrada que el argumento citado en primer lugar por la demandante debe descartarse con seguridad. En efecto, no es posible juzgar la cuestión de si un acto es lesivo en función de los motivos presentados contra el mismo. En ningún caso puede considerarse que en cuanto se alegue una desviación de poder a propósito de un acto preciso se trate por tal motivo de una medida lesiva con arreglo al artículo 91 del Estatuto de los funcionarios.

11. Se debe admitir, además, que la jurisprudencia citada por la parte demandante no aporta nada de manera directa al caso de autos porque trata en su totalidad del reco-

nocimiento de un derecho a recurrir en caso de traslado *contra la voluntad* de los interesados (véanse sentencias dictadas en los asuntos acumulados 18 y 35/65 [1] y en los asuntos 35/72 [2] y 33/79. [3] Es sin duda relativamente interesante que, según la sentencia dictada en el asunto 35/72, lo importante no sea sólo que resulten afectados los intereses materiales, sino también si, teniendo en cuenta la naturaleza de la función en cuestión y las circunstancias, la decisión puede perjudicar los intereses morales y las perspectivas de futuro del agente afectado (considerandos 4 a 6) y que según la sentencia dictada en el asunto 33/79 (considerando 13) es importante el hecho de que una modificación de las funciones confiadas a un funcionario pueda influir en sus perspectivas de futuro. Se puede subrayar igualmente que en la sentencia pronunciada en el asunto 46/69, [4] el Tribunal de Justicia dispuso que un agente puede tener un interés legítimo en preferir un empleo a otro y que, principalmente desde esta perspectiva, el Estatuto posibilita el traslado de un agente a petición propia.

12. A lo sumo hay dos razones por las que, a mi juicio, puede considerarse defendible la opinión de que procede admitir un recurso como el que ahora nos ocupa.

13. Por una parte, conviene pensar en el principio según el cual cualquier persona que participe sin éxito en un procedimiento de selección para un puesto tiene legitimación activa, sin entrar en ulteriores diferenciaciones en función de sus intereses. Cabe a este respecto remitirse a la sentencia dictada en el asunto 257/83 [5] en la cual el Tribunal de Justicia declaró pura y simplemente admisible el recurso interpuesto contra el nombramiento de otro candidato por un participante en un concurso, reconociéndole así interés en obtener la tutela jurisdiccional.

14. Por otra parte, se puede considerar significativo que el artículo 7 del Estatuto de los funcionarios prevea un traslado a petición propia, lo que permite deducir que los peticionarios ostentan un interés legítimo. En este contexto, es difícil sin embargo tener en cuenta sólo los intereses materiales (interés en un puesto que garantice directamente una determinada carrera). Una persona también puede aspirar a un traslado porque las condiciones en las que ejerce su actividad impliquen inconvenientes (las tensiones en un servicio pueden hacer más difícil el ascenso) o porque las nuevas funciones puedan mejorar las posibilidades de pasar a una categoría superior. Un interés destacado puede perfectamente manifestarse también de esta manera y ciertamente cabe sostener que ante una decisión negativa sobre una petición de traslado, ha de ser posible recurrir contra la ocupación del puesto deseado por otra persona.

15. En consecuencia, no puedo decidirme a suscribir el punto de vista defendido por el Parlamento sobre la admisibilidad del recurso, por lo que examinaremos, de todas formas, también la cuestión de si el recurso debe considerarse fundado.

II. *Sobre la fundamentación*

16. La parte demandante trata de imponer su deseo, que quedó definido al formular las pretensiones de la demanda, cuando alegó que la decisión de ascenso impugnada no se

1 — Sentencia de 5 de mayo de 1966, Max Gutmann/Comisión de la CEEA, asuntos acumulados 18 y 35/65, Rec. 1966, p. 149.

2 — Sentencia de 27 de junio de 1973, Walter Kley/Comisión, 35/72, Rec. 1973, p. 679.

3 — Sentencia de 28 de mayo de 1980, Richard Kuhner/Comisión, 33/79, Rec. 1980, p. 1677.

4 — Sentencia de 13 de mayo de 1970, Andreas Reinarz/Comisión, 46/69, Rec. 1970, p. 275, especialmente p. 281, apartados 5 y 6.

5 — Sentencia de 16 de octubre de 1984, Williams/Tribunal de Cuentas, 257/83, Rec. 1984, p. 3537.

adoptó —tal como prescribe el artículo 7 del Estatuto de los funcionarios— «en el único interés del servicio», a saber para procurar que (de acuerdo con las disposiciones del artículo 27 del Estatuto de los funcionarios) ocupe el puesto un funcionario que posea las más altas cualidades de competencia, rendimiento e integridad. Según la demandante, se trataba en realidad de «regularizar» la situación de un funcionario destinado provisionalmente en un grupo político por el hecho de que cuando finalizó su destino provisional no se le pudo reintegrar —conforme al artículo 38, letra g), del Estatuto de los funcionarios— al empleo que ocupaba anteriormente en la Dirección General de Administración, Personal y Finanzas (porque este puesto ya se había transferido mientras tanto al Servicio «Derechos del Hombre»).

17. Añade que si el procedimiento de nombramiento se hubiera desarrollado correctamente, a saber, comparando los méritos de los diferentes candidatos, lo que se dice en ninguna parte, la demandante hubiera debido —en su opinión— ser designada para el puesto vacante porque es la mejor calificada desde el punto de vista de la experiencia, los conocimientos y la capacidad.

18. El Parlamento objetó a esto, por una parte, que el procedimiento de nombramiento se desarrolló correctamente porque se examinaron cuidadosamente los expedientes de todos los candidatos, así como los juicios formulados sobre ellos antes de llegar a la propuesta de ascenso realizada por el Director General de Investigación y Documentación. Señaló además que según el Estatuto los candidatos a un traslado no tienen ninguna prioridad sobre los candidatos a un ascenso e insistió en el hecho de que la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos dispone de una amplia potestad de apreciación en la comparación de los méritos de los candidatos, de forma que en este contexto únicamente puede invocarse el error manifiesto. Por último, en cuanto al motivo imputando una desviación de procedimiento o una desviación de poder, es determinante que la parte demandante no haya presentado ninguna prueba en este sentido y de cualquier forma los elementos en que se basa no pueden considerarse de ningún modo como indicios suficientes.

19. En este punto, nos parece que prevalecen claramente los argumentos del Parlamento y que, por consiguiente, el recurso no puede considerarse fundado.

20. a) Para comenzar por el importante motivo de infracción relativo a la desviación de poder.

El Parlamento subrayó acertadamente en este punto que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante y de manera igualmente cierta es exacto que no hay «indicios objetivos, concluyentes y concordantes» que induzcan a creer que el Parlamento utilizó sus facultades para fines distintos a los previstos (sentencia dictada en los asuntos acumulados 18/65 y 35/65, Rec. 1966, p. 176). Con este fin, la circunstancia de que el anuncio de vacante de puesto sólo se difundiera ocho meses después de que el Sr. Fumagalli fuera destinado al puesto, una vez finalizado su destino provisional, no es suficiente. En efecto, esto no debe de ningún modo hacer que se deduzca la intención de permitir al Sr. Fumagalli adquirir la experiencia necesaria (de la que se trata efectivamente en la decisión de nombramiento); puede también haberse tratado simplemente de algunas «lentitudes administrativas» de las que el representante del Parlamento habló en el transcurso de la vista y que son enteramente familiares al Tribunal de Justicia desde que una serie de asuntos le han puesto al corriente de la práctica administrativa.

21. Tampoco aporta nada la declaración del antiguo director general de Investigación y Documentación que la demandante alegaba principalmente y según la cual el puesto debatido de la Dirección General de Investigación y Documentación sólo estaba destinado a regularizar la posición del Sr. Fumagalli. En efecto, no solamente se redujo conside-

rablemente su alcance mediante carta de 8 de julio de 1985 (que se presentó en el transcurso de la vista) ya que se prometía en ella «that the Appointing Authority will consider carefully all the applications for the post and decide in accordance with the normal rules how the post should be filled» (que la autoridad facultada para proceder a los nombramientos estudiará cuidadosamente todas las candidaturas para el puesto y decidirá con arreglo a las reglas normales cómo deberá cubrirse). Además es importante que el autor de esta carta y de la declaración debatida ya no dirigía la Dirección General de Investigación y Documentación desde el 1 de enero de 1985 y no intervenía en modo alguno en el desarrollo del procedimiento (ni para hacer una propuesta ni para nombrar a un candidato).

22. b) El Parlamento indicó también acertadamente que en virtud del artículo 29 del Estatuto de los funcionarios los candidatos a un ascenso deben situarse en el mismo plano que los candidatos a un traslado. Estos últimos no tienen en consecuencia derecho alguno a que se tome en consideración su petición de manera prioritaria cuando se provean los puestos. Entre estas personas, hay que elegir —tal como se ha subrayado en la sentencia dictada en el asunto 21/70— [6] al candidato al ascenso que se considere más apto.

23. El Parlamento insistió por otro lado en el hecho de que había procedido a efectuar un examen comparativo de todos los candidatos sobre la base de su expediente personal y de los juicios emitidos sobre ellos con objeto de determinar el mejor candidato. Ante esta declaración oficial, por supuesto que no basta —para que las dudas puedan parecer justificadas— con alegar el hecho de que la decisión impugnada no contenga ninguna indicación sobre este punto (decisión que según la jurisprudencia no debe ser motivada cuando su contenido es positivo).

24. Por último, en lo que respecta a la opinión de la parte demandante de que estaba más capacitada y que, de todas formas, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos hubiera debido demostrar lo contrario, a saber que el candidato designado es el mejor, conviene señalar, por una parte que no corresponde ciertamente a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos proporcionar la prueba en cuestión frente a una simple afirmación, sino mucho más a la persona que critica una decisión demostrar que está afectada por un vicio. Por otra parte, debe recordarse en este contexto que el juicio sobre las capacidades de los candidatos no está sometido en principio al control del Tribunal de Justicia a menos de que se ponga en evidencia un error manifiesto. Sin embargo, es evidente que no se ha expuesto nada concreto en este sentido.

C. Conclusiones

25. Sin que sea necesario admitir la prueba propuesta por la parte demandante (interrogatorio de los testigos), sólo podemos proponer que se desestime por infundado el recurso, que por otro lado deberá con razón considerarse admisible, y decidir sobre costas conforme al artículo 70 del Reglamento de Procedimiento.

6 — Sentencia de 3 de febrero de 1971, Rittweger/Comisión, 21/70, Rec. 1971, p. 7.