CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA
presentadas el 10 de diciembre de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El demandante, Sr. Yves Bouteiller, funcionario de las Comunidades Europeas desde 1959, solicita la anulación de la decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, por la que se procedió al nombramiento del Sr. Jürgen Mensching como jefe de la División de «energía (excepto carbón), química, productos agrícolas y alimenticios» de la Dirección General de Competencia.

Dicho nombramiento es consecuencia de la publicación del anuncio de vacante COM/1421/84 de 26 de octubre de 1984, al que se presentaron diecinueve funcionarios, entre ellos, el demandante.

Dichas candidaturas fueron examinadas por el Comité Consultivo encargado de examinar las candidaturas a los puestos de los grados A 2 y A 3 («Grupo Noël»), que emitió su dictamen el 17 de diciembre de 1984, considerando especialmente a cinco candidatos entre los que figuraba el Sr. Mensching, pero no el demandante.

El 19 de diciembre, la Comisión procedió al examen de las candidaturas y decidió nombrar al Sr. Mensching como jefe de División.

La decisión se tomó en un momento en que, por haber dimitido de sus funciones, los dos comisarios de nacionalidad francesa, Sres. Ortoli y Pisani, ya no formaban parte de la Comisión.

El Consejo, en sus reuniones de 6 de noviembre y 11 de diciembre de 1984, había decidido no sustituirlos ya que la nueva Comisión entraba en funciones el 5 de enero de 1985.

La reclamación y el recurso fueron interpuestos dentro de los plazos debidos con arreglo a los artículos 90 y 91 del Estatuto de los funcionarios.

2. Ahora, pasemos al análisis de los distintos motivos invocados por el demandante para sustentar la procedencia del recurso.

En el escrito de demanda, el demandante invocó, como primer motivo de anulación, la composición irregular de la Comisión cuando se tomó la decisión litigiosa con arreglo al párrafo 4 del apartado 1 del artículo 10 del Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas (Tratado de fusión de 8 de abril de 1965).

El motivo es improcedente.

El artículo 12 del mencionado Tratado permite que el Consejo decida no sustituir a los comisarios que cesen sus funciones antes del término del mandato. Dado el corto período que faltaba para que los Sres. Ortoli y Pisani terminaran sus mandatos, el Consejo tomó esta medida.

* Traducido del portugués.

Por lo demás, como sustenta la Comisión en su escrito de contestación, la regla del artículo 10 del Tratado de fusión no puede alterar por sí misma el funcionamiento de la Comisión a la luz del principio general de la continuidad del servicio público.

Lo mismo sucede en otros casos de fuerza mayor, como el del fallecimiento de un miembro de la Comisión que fuese el único de su nacionalidad.

Por otra parte, no se discute que existiera realmente el quórum exigido por el artículo 17 del Tratado de Fusión para el funcionamiento de la Comisión, por lo que se debe concluir que la decisión de nombrar al Sr. Mensching es inatacable desde el punto de vista de la competencia de la entidad que la ha adoptado.

De la misma manera, éste fue el criterio expreso de la Comisión y del Consejo en las respuestas a las preguntas escritas números 1941/84 y 1942/84 del Parlamento Europeo, cuando se consideró expresamente y sin reservas que, ajustándose la composición de la Comisión a las reglas en vigor, ésta puede ejercer plenamente sus funciones y que se halla enteramente asegurada la validez de los actos efectuados durante el período litigioso.

También fue éste el caso de otros nombramientos y de otros actos de distinta naturaleza que, como se recordó en la vista, efectuó la Comisión durante el referido período de dos meses, y carece de fundamento la opinión expresada por el demandante de que la competencia de la Comisión para actuar sólo se limita a los casos urgentes, en que cualquier retraso podría perjudicar los intereses de la Comunidad.

Al fin y al cabo, el demandante acabó por reconocer en la vista que la Comisión no estaba compuesta irregularmente y por lo tanto, disponía de poderes para actuar válidamente.

El demandante atenuó, además, la autonomía de este motivo, tanto en la fase escrita del proceso como después, más claramente, en la vista, al vincular el argumento de irregularidad con el de la alegada precipitación o prisa con la que actuó la Comisión, lo que, según él, constituye un vicio de desviación de poder.

El primer motivo invocado por el demandante termina por disolverse en el cuarto, por lo que al tratar éste, analizaremos los otros aspectos de la cuestión.

Además, este último motivo también acaba por volver a la esencia de los otros argumentos del demandante, en la medida en que todos ellos conducen a la alegación de desviación de poder imputada a la Comisión.

No obstante, analicémoslos uno a uno en lo que tienen de específico y de autónomo.

2.1. Según el demandante, la Comisión ha nombrado en el puesto que se discute a un candidato que, a diferencia del demandante, no disponía de la experiencia ni de las cualificaciones exigidas en el anuncio de vacante.

Así se ha infringido el apartado 1 del artículo 7 del Estatuto que prevé que se destinará a cada funcionario «a un puesto de su categoría o de su servicio que corresponda a su grado [...] tomando en cuenta únicamente el interés del servicio y sin consideración de nacionalidad».

Según el demandante, éste es un motivo autónomo diferente del siguiente que se fundamenta en el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto, aplicable al tema de las promociones.

En las circunstancias del caso, hay que reconocer que es difícil que la vulneración del artículo 7 constituya un fundamento autónomo de anulación diferente al de la desviación de poder o un argumento distinto del que se deduce del apartado 1 del artículo 45.

No obstante, supongamos que así sea y veamos si procede la argumentación del demandante.

La Comisión ilustra su respuesta a la tesis del demandante con la descripción de la carrera del Sr. Mensching.

Miembro del gabinete del comisario Haferkamp de 1970 a 1975, asistente del director general de Competencia entre agosto de 1975 y abril de 1981, jefe de gabinete adjunto, luego jefe del gabinete del mismo comisario, el Sr. Mensching, aparte de su formación universitaria, había adquirido los conocimientos y la experiencia requeridos para satisfacer todos los requisitos del anuncio de puesto vacante, tanto en relación con la naturaleza del puesto de trabajo a cubrir, como en cuanto a las cualificaciones exigidas.

En efecto, sus atribuciones como asistente del director general de Competencia se extendieron a todos los aspectos de la política y del Derecho de competencia en la Comunidad, y las funciones desempeñadas en el gabinete de un comisario, además de corroborar su aptitud para dirigir al personal, le obligaron a tener contactos y a seguir todos los aspectos de la actividad comunitaria, más allá de algunos sectores específicos, de acuerdo con las atribuciones de los comisarios y con la naturaleza colegiada de las responsabilidades de la Comisión, que obligan a los miembros de sus gabinetes a atender al conjunto de las actividades de la institución.

Además, en el gabinete Haferkamp, el Sr. Mensching había estado encargado, durante cerca de cuatro años, como jefe adjunto del gabinete de la política de la competencia (DG IV) y, según dice la Comisión, sus informes de calificación mencionan sus actividades como consejero en todos los aspectos de la política de competencia entre 1971 y 1981.

Durante la vista, el demandante insistió especialmente en que el Sr. Mensching carecía de una de las cualificaciones exigidas, «conocimiento de uno o varios de los respectivos sectores», porque no se lo había permitido su trayectoria profesional.

No nos parece que así sea.

El anuncio de vacante no exigía (al contrario de lo que sucedía respecto a otras exigencias) un conocimiento *profundo*, siendo suficiente con un conocimiento no cualificado de uno o más sectores integrados en la DG IV.

En estas condiciones, no nos parece que la AFPN se haya equivocado —y sobre todo que haya cometido un error manifiesto— al considerar que, dadas las funciones que había desempeñado, el Sr. Mensching hubiera adquirido dicho conocimiento. Lo contrario sería sorprendente en un funcionario al que el mismo demandante reconoce como «un hombre extremadamente competente».

Además, la Comisión dice que los informes de calificación del Sr. Mensching son extremadamente elogiosos durante todo el período de su servicio y ponen en evidencia su competencia y sus cualidades de funcionario excepcional.

Es verdad, como reconoce la Comisión en su escrito de contestación, que la carrera del Sr. Bouteiller, funcionario de la DG de Competencia desde 1959, también cumple con los requisitos del anuncio de vacante.

Sin embargo, y también según la Comisión, los informes de calificación del demandante sólo fueron inequívocamente favorables durante los años 1959 a 1978.

En estas condiciones, compete a la AFPN hacer uso de sus facultades de apreciación en la evaluación de las aptitudes de los candidatos para desempeñar nuevas tareas en interés del servicio.

Ésta fue la opinión del Comité Consultivo encargado de examinar las candidaturas cuando seleccionó, de entre todos los que se presentaron, a cinco candidatos de distintas nacionalidades a los que consideró como los más aptos para el desempeño del puesto en litigio. Entre dichos candidatos estaba el Sr. Mensching, pero no el demandante.

Ahora bien, como ha declarado repetidamente el Tribunal de Justicia, «la apreciación de las aptitudes de un funcionario es competencia de la Administración», [1] ya que, «para valorar el interés del servicio, así como los méritos a considerar dentro del marco de la promoción [...], la AFPN dispone de un amplio poder de apreciación». [2]

En este aspecto, el control del Tribunal deberá «limitarse a la cuestión de si, habida cuenta de las vías y los medios que han podido conducir a la Administración a su apreciación, ésta se ha mantenido dentro de unos límites no criticables y no ha ejercido su facultad de una manera manifiestamente errónea».

«Especialmente, el Tribunal no podrá sustituir la apreciación sobre los méritos y las cualificaciones de los candidatos efectuada por la AFPN cuando ningún elemento del proceso permita afirmar que, al apreciar los méritos y las cualificaciones de los candidatos, la AFPN había cometido un error manifiesto». [3]

Es éste el caso en los presentes autos: no se ha efectuado ninguna demostración de que al promover al Sr. Mensching y no al Sr. Bouteiller o a cualquier otro candidato, la AFPN se haya apartado de los límites de la amplia facultad de apreciación que el Tribunal le reconoce, o que haya realizado una apreciación manifiestamente equivocada de las cualificaciones de los candidatos.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha decidido [4] que la AFPN ni siquiera está «obligada a fundamentar las decisiones de promoción relativas a los candidatos no promovidos, toda vez que las razones de dicha fundamentación corren el riesgo de ser perjudiciales para éstos, o por lo menos, para algunos de ellos».

Es verdad que, como también lo afirmó el Tribunal de Justicia, [5] el ejercicio de los poderes de la AFPN supone «un examen escrupuloso de los expedientes personales y una observancia minuciosa de los requisitos exigido en el anuncio de vacante».

Resulta, por tanto, de todo lo anterior que el nombramiento del Sr. Mensching, teniendo en cuenta su trayectoria individual,

1 — Sentencia de 27 de junio de 1973, Kley/Comisión, 35/72, Rec. 1973, p. 690, apartado 29 *(traducción provisional)*.

2 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de octubre de 1974, Grassi/Consejo, 188/73, Rec. 1974, p. 1109, apartado 26; sentencia de 3 de diciembre de 1981, Bakke-D'Aloya/Consejo, 280/80, Rec. 1981, pp. 2887 y ss., especialmente p. 2898, apartado 10; sentencia de 21 de abril de 1983, Ragusa/Comisión, 282/81, Rec. 1983, pp. 1245 y ss., especialmente pp. 1256 y 1257, apartados 9 y 13; sentencia de 14 de julio de 1983, Nebe/Comisión, 176/82, Rec. 1983, pp. 2475 y ss., especialmente p. 2486, apartado 18; sentencia de 23 de octubre de 1986, Vaysse/Comisión, 26/85, Rec. 1986, p. 3131, apartados 26 y 27.

3 — Véase sentencia de 21 de abril de 1983, Ragusa/Comisión, 282/81, citada, sumario y apartado 13 *(traducción provisional)*.

4 — Véase sentencia Grassi, citada, apartado 12.

5 — Véase sentencia Grassi, citada.

respetaba cabalmente los requisitos contenidos en el anuncio de vacante.

En nuestra opinión, debe rechazarse este motivo.

2.2. Según el demandante, la Comisión no procedió a un examen comparativo de los méritos de los candidatos ni de los informes que a ellos se referían, vulnerando lo dispuesto en el artículo 45 del Estatuto.

Los impresos de candidatura no fueron examinados por la propia Comisión, que simplemente se basó en la comprobación efectuada por la Dirección General de Personal y Administración y en el dictamen del Comité Consultivo encargado de examinar las candidaturas para los puestos de grados A 2 y A 3.

Sin embargo, de las actas de la reunión de la Comisión de 19 de diciembre de 1984, surge que:

a) los impresos de candidatura de los interesados se distribuyeron en el documento PERS(84) 204;

b) se procedió a la comprobación de los mismos en la Dirección General de Personal, con los documentos justificativos obrantes en los expedientes personales de los interesados;

c) el mencionado Comité Consultivo emitió su dictamen el 17 de diciembre de 1984, de lo que fue informada la Comisión en debida forma. El dictamen se efectuó en base al examen del impreso de candidatura de cada funcionario y de su expediente personal, teniendo en cuenta la opinión del director general de Competencia, quien fue oído por el Comité;

d) la Comisión procedió a un examen comparativo de los méritos de los candidatos, teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo a proveer, y examinó los informes sobre la competencia, rendimiento y conducta en el servicio de cada uno de los candidatos.

No existe ningún motivo para suponer que los hechos no hayan sucedido así y, en cualquier caso, el demandante no ha aportado ninguna prueba de que haya sido lo contrario, esto es, que la Comisión no procediera efectivamente al examen comparativo de los méritos de los candidatos.

Además, tal como se decidió en el asunto 62/75, sentencia de 1 de julio de 1976,[6] la AFPN, al decidir las promociones, posee «el poder estatutario para efectuar la selección en base a un examen comparativo de los méritos de los candidatos, que se establece por el método que juzgue más conveniente, así como en base a sus informes de calificación». A este respecto, los elementos de apreciación son diversos e incluyen tanto los títulos y diplomas obtenidos, la competencia y el rendimiento en el trabajo, como el nivel general de los servicios prestados en el ejercicio de sus funciones.[7]

Efectuado este examen comparativo y —como también lo ha decidido ya el Tribunal de Justicia—[8] «cuando un candidato reúne todos los requisitos del anuncio de puesto vacante, la AFPN puede preferirlo a otro candidato igualmente cualificado, por razones del servicio, sin que este nombramiento constituya una desviación de poder».

Al fin y al cabo, también aquí estamos obligados a subrayar la amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones

6 — Sentencia de 1 de julio de 1976, De Wind/Comisión, 62/75, Rec. 1976, p. 1167, especialmente p. 1176, apartado 17 *(traducción provisional).*

7 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de marzo de 1983, Hoffmann/Comisión, 280/81, Rec. 1983, pp. 889 y ss., especialmente p. 901, apartado 9; sentencia de 24 de marzo de 1983, Colussi/Parlamento, 298/81, Rec. 1983, pp. 1131 y ss., especialmente p. 1142, apartado 22; sentencia de 14 de julio de 1983, Öhrgaard y Delvaux/Comisión, 9/82, Rec. 1983, pp. 2379 y ss., especialmente p. 2390, apartado 17.

8 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de diciembre de 1981, De Hoe/Comisión, 151/80, Rec. 1981, p. 3161, especialmente p. 3175, apartado 16 *(traducción provisional).*

dentro del ámbito de las decisiones de promoción efectuadas al amparo del artículo 45 del Estatuto, como lo confirma la jurisprudencia citada en el apartado anterior, sin que el Tribunal de Justicia pueda sustituir la apreciación de las cualificaciones y de los méritos de los candidatos realizada por la AFPN, excepto en el caso de error manifiesto. [9]

Ahora bien, desde el punto de vista del examen comparativo de los candidatos debe concluirse también que, en estos autos, no aparece que la AFPN se haya excedido en sus facultades o que haya cometido un error de apreciación criticable.

Además, en su escrito de réplica, el demandante plantea la duda sobre la regularidad de la composición y del funcionamiento del Comité Consultivo encargado de examinar las candidaturas a los puestos de los grados A 2 y A 3 y, considerándose en la imposibilidad de determinar si la legalidad externa fue respetada, se interroga si este Comité respetó o no el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto, «que atribuye competencia a la AFPN, y sólo a ella, para decidir las promociones».

A este respecto, cabe recordar que el Comité Consultivo se creó mediante decisión de 23 de julio de 1980, que definió su constitución, su funcionamiento y sus poderes.

Surge claramente del texto de esta decisión que se trata de un órgano con competencias consultivas, compuesto por miembros nombrados a título personal, destinado a colaborar con la Comisión en el ejercicio de sus funciones como AFPN en cuanto a los funcionarios de grado A 2 y A 3, sin ningún tipo de poderes decisorios.

Como ya lo decidió el Tribunal de Justicia en la sentencia Vaysse, [10] «las decisiones de promoción, de traslado y de transferencia son de la exclusiva responsabilidad de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos. Por consiguiente, si ésta, por decisión propia y sin estar obligada a ello en virtud del Estatuto, hace intervenir, en el curso de la fase preparatoria de alguna de esas decisiones, a una instancia consultiva, del tipo del «grupo Noël», es libre de regular a su gusto la composición de la misma y sus responsabilidades».

En cuanto al argumento invocado por el demandante de que en su respuesta la Comisión declaró desconocer la nota de 1 de octubre de 1984 por la que se le había encargado ejercer interinamente las funciones de jefe de División, la Comisión aclaró suficientemente que no se trataba de una interinidad en virtud del apartado 2 del artículo 7 del Estatuto —lo que exigiría una decisión de la AFPN que debe constar en el expediente personal de acuerdo con lo establecido en el artículo 26— sino, simplemente, que se trataba de una sustitución provisional del jefe de División, en su carácter de funcionario más antiguo en el grado más elevado, hasta la designación del futuro titular en el cargo. Se trataba, pues, de una medida de organización interna de los servicios de la DG IV, por aplicación, en principio automática, de lo dispuesto por el artículo 26 del Reglamento Interno de la Comisión, sin que necesariamente la Comisión tuviese conocimiento de la misma. De cualquier manera, el ejercicio durante un poco más de dos meses de las funciones en cuestión no es suficiente para obligar a la Comisión a alterar su criterio sobre los méritos de los candidatos.

9 — Véase sentencia Ragusa, citada.

10 — Citada, apartado 15.

Finalmente, tampoco nos parece que el demandante pueda quejarse de que la promoción cuestionada haya tenido lugar el 19 de febrero de 1985, cuando la Comisión no disponía de los informes de calificación más recientes (el informe sobre el demandante relativo a los años 1983 a 1985 se elaboró en el mes de febrero de 1986).

Según nos informa la Comisión, ésta disponía en el momento del nombramiento de los últimos informes relativos tanto el demandante como el Sr. Mensching, elaborados en 1984 para los años 1981 a 1983. Además, el informe del demandante para los años 1983 a 1985 se tradujo en una simple confirmación de su informe precedente.

Por todas estas razones, se impone la conclusión de que tampoco deba estimarse este motivo invocado por el demandante.

2.3. El demandante alega un último motivo para su petición, del cual —como ya hemos apuntado— todos los otros son, de alguna manera, elementos integrantes. Según dice, la Comisión ha cometido una desviación de poder (y/o una desviación de procedimiento), al haber preferido un colaborador de un miembro de la Comisión a un funcionario que proseguía una carrera normal.

Sólo examinaremos los motivos del demandante que no se han analizado ni se han considerado infundados.

El demandante alega, como argumento importante, la extraordinaria precipitación con la que, según él, la Comisión tomó la decisión de nombrar al Sr. Mensching. Este hecho, junto con una serie de presunciones suficientes para demostrar la desviación de poder, resulta, en su opinión, de que el nombramiento del Sr. Mensching estaba ya decidido con anterioridad.

Sin embargo, los elementos presentados en autos no nos permiten sacar esta conclusión.

En la vista, la Comisión destacó, sin que lo impugnara el demandante, que el plazo normal entre el envío de las candidaturas y la decisión de la Comisión es de dos o tres semanas. Ahora bien, en el caso de autos, transcurrió casi un mes, lo que sitúa este procedimiento en el marco de un desarrollo normal, restando credibilidad al argumento extraído de la prisa o precipitación de la Comisión.

El puesto de trabajo en cuestión era, por otra parte, de creación reciente y no sorprende que, una vez creado, se tratara su provisión.

En su escrito de réplica, el demandante invocó una pretendida voluntad de favorecer a un funcionario de nacionalidad alemana, en el marco del equilibrio interno que la Comisión pretendía preservar. Especialmente, según él, lo prueba la existencia de un único Comité Consultivo para los grados A 2 y A 3.

La Comisión explicó que esto resultaba del hecho de que la AFPN, es decir la Comisión, es la misma para los dos grados y que, por otra parte, la nacionalidad alemana ya estaba representada con exceso en la DG IV, lo que quitaba sentido al argumento del equilibrio.

Por otra parte, el demandante intentó atenuar considerablemente el alcance del argumento durante la vista, sosteniendo finalmente que la nacionalidad del Sr. Mensching no era relevante para la motivación de su recurso.

Además, también reconoció el demandante en la vista, que la nacionalidad de los comisarios dimisionarios finalmente no era deci-

siva para su argumentación y que no se cuestionaba la independencia de los miembros de la Comisión.

En consecuencia, el argumento de una eventual discriminación en razón de la nacionalidad debe ser desestimado.

En apoyo del motivo que se basa en el carácter de miembro de un gabinete del Sr. Mensching, el demandante también invoca algunas circunstancias de carácter general: el pretendido lanzamiento de «paracaidistas» desde los gabinetes de los comisarios, las posiciones adoptadas por las organizaciones sindicales y las preguntas planteadas sobre este asunto por un diputado del Parlamento Europeo.

La Comisión presentó la respuesta al diputado para así responder a este argumento, facilitando la proporción exacta de promociones de los funcionarios de los gabinetes en el total de promociones efectuadas durante el segundo semestre de 1984.

Además, según la Comisión, las posiciones sindicales pretendían prevenir eventuales abusos en materia de reintegración de ex-miembros de los gabinetes, especialmente en lo relativo a los agentes temporales y a la organización de concursos individuales, situaciones muy diferentes a la del Sr. Mensching, funcionario titular de la Comisión desde el 1 de octubre de 1973.

Por lo tanto, los argumentos del demandante se basan en consideraciones genéricas, referidas a hechos exteriores al caso de autos, que en nuestra opinión son insuficientes para fundamentar la alegación de desviación de poder.

Como ya lo ha decidido el Tribunal de Justicia,[11] «una decisión sólo está viciada de desviación de poder cuando es evidente, en base a indicios objetivos, pertinentes y uniformes, que se ha adoptado para alcanzar fines distintos a los que estaba destinada».

Por tanto, resulta de lo anterior que el demandante no ha demostrado satisfactoriamente que la Comisión haya hecho mal uso de su facultad discrecional, ni que haya actuado en función de objetivos ilegítimos o haya ejercido su poder de una manera manifiestamente errónea.

Por esta razón nos parece que tampoco se puede estimar el motivo del demandante sobre la desviación de poder alegada en la decisión de la Comisión.

3. En estos términos, no siendo aceptable ninguno de los motivos invocados por el demandante, entendemos que debe denegarse el presente recurso y, a tenor del artículo 70 del Reglamento de Procedimiento, las costas quedan a cargo de cada una de las partes.

11 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, 69/83, Rec. 1984, pp. 2447 y ss., especialmente p. 2465, apartado 30 *(traducción provisional)*.