INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto 307/85 *

I. Hechos y procedimiento

1. El recurrente es revisor en el Comité Económico y Social (en lo sucesivo, «CES») desde el 1 de febrero de 1982, tras superar el concurso general CES/LA/19/79.

2. En octubre de 1982, participó en el concurso general CES/LA/45/81 para cubrir el puesto de «jefe de División de la Dirección General, Traducción — División de lengua griega», categoría LA 3. Se había fijado el límite de edad en cuarenta años. Ninguno de los candidatos resultó incluido en la lista de aptitud.

3. En mayo de 1983, se publicó un nuevo anuncio de concurso CES/LA/57/83 para el mismo puesto. Los requisitos exigidos son los mismos, excepto dos: el límite de edad, reducido ahora a treinta y cinco años, y una prueba escrita suplementaria añadida a las anteriores. En la lista de aptitud figuraba en primera posición el nombre del Sr. Ts. y, en segundo, el del recurrente.

4. El 17 de octubre de 1984, la oficina del CES propuso al Consejo el nombramiento del Sr. Ts. para el puesto de jefe de la División de lengua griega, decisión que fue comunicada al Consejo el 7 de noviembre de 1984. El mismo día, el Sr. Ts. fue encargado de ejercer *ad interim* las tareas propias del puesto en cuestión a partir del 1 de noviembre de 1984 hasta que se produjera el nombramiento para este puesto. El nombramiento del Sr. Ts. se produjo mediante decisión del Consejo, de 29 de enero de 1985, con efectos a 1 de febrero de 1985. La decisión de nombramiento fue notificada al Secretario General del CES mediante carta del Consejo, de 4 de febrero de 1985.

5. El 31 de marzo de 1985, el recurrente interpuso una reclamación «a la AFPN del CES por vía jerárquica» en la cual alegaba que el concurso LA/57/83 estaba viciado por infracción del principio de igualdad de trato y desviación de poder. En dicha reclamación solicitaba que se aplazase la decisión del nombramiento, que se anulase el concurso impugnado y que se organizase un nuevo concurso.

6. El 26 de julio de 1985, el Presidente del CES desestimó las solicitudes de anulación del concurso y de organización de otro e informó al recurrente que su solicitud de aplazar la decisión impugnada del Consejo no era competencia del CES, proponiéndole someter su reclamación al Consejo «si, a pesar de las explicaciones recibidas, así lo desea usted».

7. El 11 de octubre de 1985 el recurrente interpuso su recurso ante el Tribunal de Justicia, considerando que el Presidente del Consejo había desestimado tácitamente su reclamación el 31 de julio de 1985.

8. El procedimiento escrito ha seguido un curso normal. Previo informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, decidió iniciar la fase oral del procedimiento sin diligencias previas de instrucción. Sin embargo, solicitó a la parte demandada que aportara el informe del tribunal del concurso LA/57/83 y

* Lengua de procedimiento: francés.

el acta de la reunión de 17 de octubre de 1984 de la Mesa del CES.

II. Pretensiones de las partes

1. El *recurrente* solicita al Tribunal de Justicia que:

«a) declare admisible el presente recurso y,

»b) además, lo declare fundado;

»c) declare en particular que la organización de este concurso excede de las competencias del CES, y por ello lo anule;

»d) declare que el nombramiento del Sr. Ts. carece de fundamento puesto que el propio concurso debe ser anulado, o, en su defecto, declare que los requisitos de selección son ilegales, por ser discriminatorios, prefabricados y estar viciados de desviación de poder, y que el nombramiento a que dio lugar debe ser anulado;

»e) admita a trámite la proposición del recurrente de demostrar mediante testigos los diversos hechos descritos más ampliamente en el cuerpo del presente escrito;

»f) ordene al CES que comunique al Tribunal de Justicia las actas del tribunal del concurso que se refieran al candidato propuesto y nombrado, así como al recurrente;

»g) permita que el recurrente se reserve el derecho de exigir indemnización por daños y perjuicios de orden moral, y,

»h) en todo caso, condene al CES en todas las costas de la instancia.»

Además, en su *réplica*, solicita:

«a) que se ordene presentar al Tribunal de Justicia el informe del tribunal del concurso con todos sus anexos, previo a otros trámites procesales,

»b) que se admita a trámite la proposición del recurrente de demostrar mediante la audiencia del testigo Sr. P. Dracos, miembro de la Mesa del CES, que no existió ninguna discusión sobre los méritos de los distintos candidatos clasificados en el concurso, sino sólo la propuesta del primer clasificado sin el menor comentario, y que se declare pertinente esta proposición de prueba.»

2. El *CES* solicita del Tribunal de Justicia que:

«a) declare inadmisible el recurso;

»b) declare infundada la proposición de prueba del recurrente, en particular porque atentaría contra el secreto de las deliberaciones; subsidiariamente, que autorice a la parte demandada a aportar la prueba en contrario de los hechos alegados por el recurrente por todos los medios legales, incluidos los testimonios;

»c) declare infundadas las peticiones de anulación y de reserva del recurrente del derecho a exigir indemnización por daños y perjuicios;

»d) por consiguiente, desestime el recurso y resuelva como en Derecho proceda sobre las costas.»

En su *dúplica*, el CES mantiene sus conclusiones y «se remite al buen criterio del Tribunal en lo que se refiere a la aportación del informe del tribunal del concurso solicitada por el recurrente».

3. El *Consejo* solicita al Tribunal de Justicia que:

«a) declare inadmisible el recurso dirigido contra el Consejo por falta de reclamación frente a éste;

»b) declare infundadas las peticiones de anulación y de reserva al recurrente del derecho a exigir indemnización por daños y perjuicios;

»c) por consiguiente, desestime el recurso y resuelva como en Derecho proceda sobre las costas.»

III. Motivos y alegaciones de las partes

Admisibilidad del recurso

I. *En cuanto pretende la anulación del nombramiento*

A. *En cuanto a la legitimación pasiva del Consejo*

1. El *CES* aduce que la decisión de nombramiento impugnada debería imputarse al CES, que es quien tiene la legitimación pasiva, y no al Consejo, y ello sin calificar esta alegación como una excepción de inadmisibilidad, sino como una «solicitud de aclaración». Esta decisión fue adoptada por el Consejo de acuerdo por el tercer guión del párrafo 1 del artículo 57 del reglamento interno del CES. Si el recurrente quisiera también implicar al Consejo, no habría debido limitarse a citar en su escrito de recurso al CES y al Consejo, sino que también habría debido mencionar a la Comisión, ya que en este caso las tres instituciones comparten las facultades de nombramiento.

2. El *Consejo* solicita de modo expreso que se le declare ajeno al litigio por las mismas razones. Considera que la decisión impugnada debe imputarse al CES. En este caso, el Consejo ha actuado como autoridad sólo en parte facultada para proceder al nombramiento de los funcionarios LA 3 del CES, por delegación expresa del CES.

3. El *recurrente* considera que es precisamente el Consejo la AFPN en este caso, de acuerdo con el artículo 57 del reglamento interno del CES. Que para ciertos grados requiera el acuerdo de la Comisión no es algo que afecte a los candidatos, en virtud de lo cual su responsabilidad se ve, pues, implicada.

B. *En cuanto a la ausencia de reclamación previa*

1. El *CES* y el *Consejo* alegan la inadmisibilidad del recurso en la medida en que impugna el nombramiento porque el recurrente no planteó previamente al Consejo una reclamación y, en particular, no respondió a la propuesta del CES de transmitir su reclamación al Consejo.

2. El *CES* añade que, en virtud del principio de paralelismo de las formas y de los procedimientos, el recurrente debía interponer una reclamación ante las diversas instituciones que comparten las facultades de nombramiento de los funcionarios LA 3 del CES. Dado que no siguió este procedimiento, la decisión del Consejo referente al nombramiento del Sr. Ts. ya no puede ser impugnada.

3. El *recurrente* alega que ha existido reclamación en el sentido de los artículos 90 y 91 del Estatuto. Se trata de su reclamación de 31 de marzo de 1985, dirigida por vía jerárquica a la AFPN, es decir, al Consejo, respecto a la provisión de un puesto LA 3. Nadie podía engañarse sobre el destinatario final, que no podía ser otro que el Presidente del Consejo. Tanto en su título como en el texto la reclamación se refería a la decisión de 29 de enero de 1985 del Presidente del Consejo. En cualquier caso, es el Consejo quien tiene la obligación de dar explicaciones sobre la irregularidad de no haber sido transmitida su reclamación por el CES, que, en suma, había desviado un documento destinado al Consejo. Así, la proposición del CES de transmitirla al Consejo carece de sentido. El recurrente se pregunta si, en tales circunstancias, no existe o bien una falta de diligencia, o bien una confusión del CES.

II. *En cuanto que se refiere al concurso CES/LA/57/83*

1. El *CES* considera que la solicitud del recurrente de que se anule el nombramiento del Sr. Ts., a causa de la irregularidad del concurso, es inadmisible por las siguientes razones: a) el recurrente, en su escrito inicial, se había abstenido de reclamar la anulación de este nombramiento, limitándose a solicitar al Tribunal de Justicia que declarase que dicho nombramiento «carecía de fundamento»; no tenía, pues, interés en anular el concurso; b) el recurrente no impugnó dentro de plazo la decisión del jurado; c) se supone que el recurrente dio su aquiescencia y renunció a la anulación del concurso, al no haber protestado ni contra su organización ni contra sus resultados.

2. El *recurrente* aduce que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no podía impugnar un acto preparatorio, como la organización de un concurso, sino el acto definitivo, a saber, el nombramiento de un candidato, que constituye el acto definitivo que lesionaba sus intereses. Por otra parte, el recurrente no tenía interés inicialmente en impugnar la organización del concurso LA/57/83. Esto no le impide, sin embargo, impugnarlo actualmente por nulidad de orden público, debido al hecho de que este concurso no fue decidido y realizado por el Consejo, de acuerdo con el artículo 57 del reglamento interno del CES. La ilegalidad del concurso lleva, pues, a su anulación y a la de la decisión de nombramiento del Sr. Ts., de la cual el concurso es uno de los apoyos jurídicos.

Fondo

Motivos de anulación

A. *Ilegalidad de la organización del concurso*

1. Como primer motivo, el *recurrente* alega la *incompetencia* de la secretaría del CES para organizar el concurso. Mantiene que, si el concurso LA/57/83 iba destinado a cubrir un empleo LA 3, su organización sólo podía decidirse y realizarse por el Consejo, según el artículo 57 del reglamento interno del CES. Se trata, en su opinión, de una nulidad de orden público.

2. El *CES* y el *Consejo* consideran que este motivo plantea el problema de la interpretación del artículo 57 del reglamento interno del CES, combinado con los artículos 2, 29 y 30 del Estatuto de los funcionarios. En su opinión, la única interpretación que está jurídicamente fundamentada y que al mismo tiempo puede tener un efecto útil sería la que implica la intervención de las tres AFPN del siguiente modo: el CES decide y realiza un concurso, su Mesa procede al examen de los títulos y méritos de los candidatos según los resultados del concurso y propone al Consejo; el Consejo transmite esta propuesta a la Comisión para que dé su acuerdo; finalmente, el Consejo, basándose en la propuesta de la Mesa del CES y con el acuerdo de la Comisión, adopta su decisión que, formalmente, aparece como «la» decisión de nombramiento. Esta interpretación realista ha sido seguida por las tres instituciones desde mucho tiempo atrás, de modo que forma ya parte del Derecho consuetudinario. Así se ha organizado una veintena de procedimientos sin que se produjesen protestas. Por otra parte, esta interpretación tiene la virtud de conservar íntegros los poderes del Consejo y de la Comisión para oponerse a un nombramiento que no apro-

basen. Por el contrario, consideran que la interpretación mantenida por el recurrente no es jurídicamente sólida y realista visto el aumento de personal del CES.

3. El recurrente *replica* que el artículo 57 no puede ser interpretado en función del aumento de los efectivos del CES. En este caso concreto, la AFPN sigue siendo el Consejo. Por otra parte, el argumento de la veintena de nombramientos producidos en las mismas condiciones sin protesta sería impertinente: *injuria non facit jus.* Finalmente, el Derecho consuetudinario no tiene ningún papel que desempeñar en Derecho administrativo.

4. La *dúplica,* en particular la del CES, se concentra de nuevo sobre la interpretación de la disposición del artículo 57 del reglamento interno: según esta interpretación, el Presidente del CES tiene facultades residuales para declarar un empleo LA 3 vacante de acuerdo con la *segunda frase* del tercer guión del párrafo 1 del artículo 57 del reglamento interno. En consecuencia, el Presidente del CES actuó de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el artículo 4, que rige la declaración de una vacante de empleo. El artículo 4 no se incluye entre los artículos del Estatuto a los que se aplica la *primera frase* del tercer guión del párrafo 1 del artículo 57 del reglamento interno del CES, según el cual los poderes de la AFPN se ejercen «a propuesta de la Mesa, por el Consejo, con acuerdo de la Comisión».

5. Como segundo motivo, el *recurrente* mantiene que el descenso del *límite de edad* a treinta y cinco años era ilegal, ya que pretendía favorecer a su competidor Sr. Ts.

6. El *CES* alega que este motivo es inadmisible, ya que el recurrente no tiene un interés legítimo en la anulación del concurso porque el límite de edad haya sido situado en un nivel inferior. Por otra parte, en el momento del concurso el recurrente no planteó ninguna protesta.

7. En cuanto al fondo del asunto, el *CES* alega que el límite de edad se redujo en interés del servicio, a fin de permitir la presentación de un mayor número de candidatos, dado que en el primer concurso sólo se presentó un número limitado de candidatos, de los cuales no se eligió a ninguno; este límite de edad es hoy en día habitual en los concursos de este tipo.

8. El *Consejo* considera que este motivo se refiere únicamente al CES. Con carácter subsidiario, se refiere a las excepciones y motivos de defensa alegados por el CES.

B. *Ilegalidades durante el desarrollo del concurso*

1. En este sentido, el *recurrente* censura, en primer lugar, el *desarrollo discriminatorio* que para él han tenido las operaciones del concurso. Invoca en particular los siguientes hechos: a) mientras que durante el primer concurso se le pidió que se abstuviese de ejercer las funciones de jefe de la División, durante el concurso impugnado se permitió al Sr. Ts. ejercer estas funciones; b) desde marzo de 1983, el Director General del CES, presidente del tribunal, había desestimado la candidatura del recurrente, mientras colaboraba con el Sr. Ts. por necesidades del servicio y tomaba café con él, incluso durante el concurso.

2. El *CES* responde que es el propio recurrente el que, bajo distintos pretextos, se negaba a asumir las responsabilidades de jefe de la División. Sin embargo, e incluso hasta 1984, dice, el Director General exigió del jefe de Servicio de Traducción que ejerciese la dirección de la División helénica en colaboración con el recurrente y el Sr. Ts.; este modo de ejercer la dirección se justificaba por los problemas que planteaba la reciente

adhesión de Grecia. Por otra parte, en diversas ocasiones el recurrente había sido consultado respecto a la titularización de funcionarios de la División helénica.

3. El *recurrente* mantiene, en segundo lugar, que el tribunal había examinado y calificado la personalidad de los candidatos. Al hacerlo, el *jurado se había excedido* notablemente de sus *competencias.*

4. El *CES* alega que tal examen forma parte de las facultades discrecionales de apreciación de la AFPN y del tribunal, de las que en este caso no se había excedido, tanto más cuanto que la actitud para dirigir la División era uno de los requisitos exigidos por el anuncio de empleo.

5. El *recurrente* mantiene, en tercer lugar, que el nombramiento estaba decidido de antemano y que se produjo abuso y *desviación de poder.* Por lo que respecta al tribunal formula las siguientes alegaciones:

a) el tribunal esperaba la vuelta de vacaciones del Director General del CES para examinar las personalidades de los candidatos;

b) antes de que el tribunal redactase su informe el recurrente fue informado de que el Sr. Ts. había ocupado el despacho del jefe.

6. El *CES* niega que este motivo esté fundamentado, alegando que:

a) el examen de la personalidad de los candidatos forma parte de las facultades discrecionales de la AFPN y del tribunal;

b) la ocupación del despacho de jefe de la División griega por el Sr. Ts. es un acontecimiento fortuito, un arreglo interno de la División griega impuesto por razones de carácter práctico; no se trataba de una decisión de la Administración, a pesar de que tal situación de hecho, en sí misma, no es suficiente para ejercer la mínima influencia en la AFPN.

7. El *Consejo* considera que estos motivos afectan exclusivamente al CES. Con carácter subsidiario, se refiere a las excepciones y motivos de defensa alegados por el CES.

C. *Ilegalidades de la propuesta de nombramiento*

Ilegalidad de la propuesta de la Mesa

1. Según el *recurrente,* la propuesta de la Mesa del CES, de 17 de octubre de 1984, para el nombramiento del Sr. Ts. está viciada de *ilegalidad,* ya que no existió discusión sobre los méritos comparativos de los candidatos, sino que simplemente se formalizó la propuesta del Secretario General ya adoptada de antemano. El recurrente dice que ha solicitado las actas de esta reunión sin obtenerlas.

Mantiene que tiene la certeza casi total de que ambos candidatos estaban clasificados *ex æquo* y, en tales circunstancias, se admite por lo general que la elección debe favorecer al candidato de más edad. Además, el recurrente tiene siete años de experiencia profesional más que el Sr. Ts., ambos habían ejercido de modo alternativo las funciones de jefe, sin que el recurrente haya recibido el menor reproche y, por último, los conocimientos lingüísticos del recurrente superan con mucho los del Sr. Ts.

2. El *CES* mantiene que hubo un examen comparativo y atento de los títulos y méritos de los candidatos. Si no se produjo una discusión propiamente dicha se debe al hecho de que existía un consenso y toda discusión resultaba superflua. Cada miembro de la

Mesa tenía en su posesión un ejemplar de la lista de aptitud y le correspondía a cada uno de ellos manifestar su desacuerdo con la propuesta del Secretario General, en caso de no compartirla.

El CES mantiene, además, que los méritos del recurrente no eran más determinantes que los del Sr. Ts.; ambos candidatos no habían ejercido real y alternativamente las funciones de jefe de División porque el recurrente lo evitaba, y la mera antigüedad de un funcionario no constituye un elemento decisivo en la apreciación de sus méritos.

3. El *Consejo* no se considera afectado por este motivo y, con carácter subsidiario, se refiere a las excepciones y motivos de defensa alegados por el CES.

4. En su *réplica*, el recurrente acompaña un certificado de uno de los consejeros (miembros) griegos de la Mesa, según el cual no se había producido ningún examen de los demás candidatos de la lista de aptitud. Propone también examinar como testigo a otro consejero griego sobre el desarrollo de esta reunión.

5. En su *dúplica*, el CES señala que, durante su reunión del 20 de noviembre de 1984, la Mesa aprobó el acta de su reunión de 17 de octubre de 1984, sin que ninguno de sus miembros hiciese ninguna observación, en particular por lo que se refiere a la mención según la cual había «examinado atentamente todas las solicitudes [...]». Tal acta, redactada *in tempore non suspecto*, tiene más fuerza probatoria que un certificado realizado a efectos del procedimiento más de un año después de sucedidos los hechos.

Desviación de poder

1. El *recurrente* mantiene que, incluso en la fase de propuesta, continuó la desviación de poder que ha viciado todo el procedimiento. Formula las siguientes alegaciones:

a) ya durante el primer concurso, el recurrente fue tratado de un modo desigual: ninguno de los miembros del tribunal conocían la lengua helénica; si bien es cierto que ya no puede impugnar este concurso, no es menos cierto que durante él se produjeron notables sorpresas que presagiaban el resultado del segundo concurso;

b) en el concurso LA/57/83 se redujo el límite de edad en relación al concurso LA/45/81, para permitir la participación del Sr. Ts.;

c) a partir de abril de 1984, el recurrente ni siquiera fue consultado por su jefe jerárquico;

d) el Director General informó, el 19 de julio de 1984, que el Sr. Ts. sería nombrado jefe de División; se había anticipado así a las decisiones de la Mesa, de la Comisión y del Consejo;

e) a partir del mismo día, el 19 de julio de 1984, el Sr. Ts. comenzó a desempeñar abiertamente sus funciones de jefe de División;

f) el mismo día, los amigos y colegas del Sr. Ts. le ofrecieron una fiesta para celebrar el feliz acontecimiento.

2. El *CES* niega formalmente la fundamentación de hecho y de Derecho de este motivo. A las distintas alegaciones responde del siguiente modo:

a) el derecho del recurrente a señalar irregularidades en el primer concurso está caducado, por no haber protestado a tiempo;

b) el recurrente no puede mantener este motivo ya que no presentó ninguna protesta en el momento del concurso; en cuanto al fondo, el límite de edad fue reducido en interés del servicio, a fin de que pudiera presentarse un mayor número de candidatos, a la vista de que en el primer concurso éstos eran escasos, y ninguno fue elegido; este límite de edad es hoy en día habitual en los concursos de este tipo;

c) el Director General del CES y presidente del tribunal convocó, el 19 de julio de 1984, tanto al recurrente como al Sr. Ts. para informarles de que habían superado el concurso y de que la lista de aptitud sería transmitida a la Mesa del CES para que adoptase una postura sobre el nombramiento; no puede verse en ello ningún tipo de anticipación del nombramiento del Sr. Ts.;

d) es errónea la afirmación del recurrente según la cual no había sido consultado por su jefe jerárquico;

e) la interpretación que da el recurrente de la «fiesta del Sr. Ts.» es totalmente personal y tendenciosa y no se basa en ningún elemento probatorio y, por otra parte, ni siquiera figura en su memorándum de 19 de septiembre de 1984.

3. El *Consejo* se remite a los argumentos del CES, con carácter subsidiario.

4. El *recurrente* se reservó, en las conclusiones de su escrito inicial, el derecho a solicitar daños y perjuicios de orden moral. Esta acción no se ha ejercitado posteriormente.

Acerca de las medidas de instrucción propuestas por el recurrente

El *recurrente* propone, además, varias medidas de instrucción en apoyo de sus alegaciones. En particular, solicita:

A. *Depósito de documentos*

a) aportación de las actas del tribunal del concurso, de los informes del tribunal y de las notas de los candidatos, así como de todos los anexos;

b) depósito de las actas de la reunión de 17 de octubre de 1984 de la Mesa del CES.

B. *Audiencia de testigos*

a) convocatoria del Sr. Feilberg, jefe de la División de traducción danesa, como testigo del examen de la personalidad de los candidatos realizado por el tribunal del concurso;

b) comparecencia del Sr. Dracos, miembro de la Mesa del CES, como testigo de las condiciones en que se desarrolló la reunión de la Mesa, de 17 de octubre de 1984;

c) por último, entre las pretensiones de la demanda está la de que «se admita a trámite la proposición del recurrente de demostrar mediante testigos los diversos hechos [...] expuestos en [...] el recurso».

C. Kakouris
Juez Ponente