

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

El renacimiento de la desviación de poder

Alfonso Pérez Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO. INTRODUCCION. I.- ANTECEDENTES. Un caso interesante de nuevo en los Tribunales de Sevilla. II.- LAS LIMITACIONES DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA DESVIACIÓN DE PODER. 1. La cuestión de la prueba. 2. La insuficiencia de la potestad jurisdiccional. 3. La superación del criterio de la convicción moral del juzgador. 4. Decadencia de la revisión directa de la desviación de poder: su sustitución por otras técnicas (control de los hechos determinantes, principio de proporcionalidad, balance costo beneficio). III.- LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE SEVILLA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO POR UNA JUEZA EXCEPCIONAL. 1. Densidad probatoria en el juicio oral. 2. La efectividad de la aplicación del principio inquisitivo. 3. Plenitud de la declaración anulatoria y del resarcimiento de daños y perjuicios. IV.- PROPUESTAS DE REFORMA. 1. Necesidad de dar respuesta procesal a las nuevas circunstancias. 2. Reforzamiento del principio inquisitivo. 3. Reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa (protección ambiental, ordenación del territorio, urbanismo, procedimientos de selección). 4. Incorporación del arbitraje intraprocesal. V.- CONCLUSIÓN. VI.- ANEXO

RESUMEN.-

Se plantea la necesidad de volver a aplicar la normativa sobre el vicio de desviación de poder.

Tomando una Sentencia de la Sala de Sevilla sobre un famoso caso testigo, se estudian las vías de superación de las dificultades que determinaron el declinar de la denuncia de ese vicio. Entre ellas se defiende el incremento de la potestad

judicial inquisitiva, el cambio de la prejudicialidad penal por la administrativa en diversas materias, y la incorporación del arbitraje intraprocesal.

Palabras claves: Desviación de poder. Principio inquisitivo. Prejudicialidad administrativa. Arbitraje intraprocesal

ABSTRACT.-

This paper exposes the need to re-apply the rules on the irregularity of misuse of powers.

Taking into account a court judgement of the Chamber of Sevilla on a famous test-case, we have studied the way to overcome the difficulties that led to the decline of the reporting of this irregularity. Among these, we can quote the increase of the judicial inquisitive powers, the choosing of the criminal jurisdiction preference instead of the administrative one in several subjects, and the incorporation of the intraprocedural arbitration.

Keywords: Misuse of powers. Inquisitive principle. Administrative jurisdiction preference. Intraprocedural arbitration

INTRODUCCIÓN

Los que nos hemos formado en familias de ius administrativistas de Universidades periféricas tenemos más cercana la experiencia del tránsito de ser discípulo a ser maestro, o, si se prefiere, de ser el hijo a ser el padre, e incluso de llegar a ser el abuelo científico de la escuela que se fragua en esas relaciones peculiares que he denominado como “affectio comunitatis”. Todos estos roles que los viene desempeñando José Luís Meilán Gil con plenitud renovada y con el arte de la sutileza de espíritu que no se manifiesta en la “potestas” sino en la “auctoritas”. Celebro poder participar en este “liber amicorum” que ni siquiera viene a refrendar un final de un camino sino a constatar que el homenajeadado sigue haciendo camino al andar.

Y para participar en esta fiesta científica he elegido uno de los últimos casos de desviación de poder que he llevado en defensa de un funcionario Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla que fue duramente dañado por la actuación administrativa –hasta necesitar incluso la asistencia de un psiquiatra- y que se ha curado por el efecto de una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5, entonces servido por la joven jueza D^a María Fernanda Mirman Castillo, cuya sentencia ha confirmado en apelación la Sala de lo Contencioso-administrativo de Sevilla.

La riqueza jurídica, y esencialmente humana de este caso me inclina a contárselo al maestro José Luís, y a todos los amigos de España e Hispanoamérica que consulten este libro, así como las propuestas de mejoras legislativas que considero conveniente que se introduzcan en nuestro ordenamiento. Tengo, además, el propósito de evitar el rictus de un trabajo académico procurando alcanzar el tono de una comunicación coloquial. Siempre me viene a la memoria el comentario humorista de mi maestro de Derecho Civil D. Alfonso de Cossío que recomendaba huir de los autores que pensaban “ya que no podemos ser profundos seamos al menos oscuros”, siguiendo a Álvaro D’ors.

I. ANTECEDENTES: UN CASO DE “DESVIACIÓN DE PODER” INTERESANTE DE NUEVO EN LOS TRIBUNALES DE SEVILLA

No quiero privar a los lectores de los textos de las Sentencias del caso (una del Juzgado y otra, en apelación, de la Sala); ambas resoluciones se transcriben, pues, en el Anexo. Aquí anticiparé una síntesis aclaratoria.

Cuando se introdujo en España la jurisprudencia del Conseil D’Etat sobre la “*detournement du pouvoir*”, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de Diciembre de 1956 –luego incorporada también en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958- se presentó un caso del Ayuntamiento de Sevilla que dirigió mi maestro D. Manuel Clavero Arévalo y que resolvió la Sala de lo Contencioso-administrativo (en sentencia de Octubre de 1959).

El recurrente fue un funcionario Oficial Mayor de dicho Ayuntamiento que impugnaba las bases de una convocatoria de la plaza de Secretario General de la Corporación por considerar que eran tan favorables para la selección de un determinado candidato (como se dice con humor, sólo le faltaba el retrato) que incurrían en desviación de poder, ya que se ejercían “las potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico” (Art. 83.3 de la Ley J.C.A. de 1956 transcrito en el art. 70.2 de la vigente Ley J.C.A. de 1998). La Sala de Sevilla estimó el recurso y aportó el máximo progreso técnico procesal, que produjo gran euforia en los administrativistas: considerar suficiente para apreciar la existencia del vicio de desviación de poder la convicción moral del Tribunal. La “*crux iuris*” de esta causa de anulación, que es la dificultad de la prueba, quedaba así superada con el reforzamiento de la potestad jurisdiccional.

Ese antecedente histórico tan cualificado en la jurisprudencia ha renacido en la nueva sentencia del Juzgado de los Contencioso-administrativo relativa al caso de un funcionario Arquitecto que fue designado libremente en comisión de

servicio como Arquitecto Jefe del Instituto Municipal de Deportes (IMD). Poco tiempo antes se había celebrado en Sevilla la final de la Copa Davis. El concejal delegado del servicio ordenó que la estructura que se utilizó para las instalaciones realizadas para dicho evento deportivo, se utilizaran en la construcción de dos polideportivos de barrio. Al buscar dichas estructuras se comprobó que habían desaparecido, al parecer por robo de su mayor parte. La presión mediática sobre el concejal delegado le llevó a hacer declaraciones en prensa, radio y televisión imputando al Arquitecto Jefe la responsabilidad de no haber cuidado de la custodia de las costosas estructuras. No le bastó al político el daño moral ocasionado al Arquitecto, que no tenía la menor responsabilidad en los pasados hechos, sino que propuso y resolvió el Ayuntamiento el cese del mismo en la Jefatura que desempeñaba en comisión de servicio relegándole a su inferior puesto de trabajo como funcionario. Estos acontecimientos le produjeron unos trastornos psíquicos que necesitaron tratamiento médico especializado.

Pese a las dificultades técnicas procesales del asunto, al tratarse de un nombramiento revocable, pesó más el estado de sufrimiento del interesado y de su familia (mujer y dos hijos menores), y decidimos interponer el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento abreviado (art. 78 de la Ley J.C.A.) En el desarrollo de la vista oral la Jueza admitió todos los medios de prueba propuestos (periódicos, grabaciones, videos, gastos sanitarios, etc.) Y la sentencia estimó el recurso declarando la nulidad del cese y el resarcimiento de todos los daños y perjuicios, incluso el daño moral.

El Ayuntamiento condenado interpuso recurso de apelación y la Sala de Sevilla lo desestimó confirmando la sentencia del Juzgado. El Arquitecto recurrente se ha curado.

II. LAS LIMITACIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Poco tiempo duró la euforia inicial inducida por la Sentencia de la Sala de Sevilla de 1959 que admitía la suficiencia de la convicción moral del tribunal aunque no hubiera prueba. La jurisprudencia posterior no fue tan abierta y se circunscribió dentro de los límites procesales de la potestad jurisdiccional de tal manera que la exigencia de prueba, a veces tan difícil como la “probatio diabólica”, hizo decaer la invocación del vicio; la doctrina subrayó el declinar de la desviación de poder y se afanó en buscar otras vías de control. Para analizar la nueva jurisprudencia de Sevilla interesa, aunque sea brevemente, hacer una referencia a la evolución de la decadencia de la desviación de poder.

1. La cuestión de la prueba

Como hemos indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de todos conocida no permite que sea suficiente la convicción del juzgador; es necesario al menos un principio de prueba. Muchos casos de desviación de poder no pueden ser probados por los medios tradicionales a los que no tienen fácil acceso los afectados. Si no se admite otra vía de comprobación el vicio quedaría irreprochable. Es evidente que en el fondo de la cuestión están los límites de la potestad jurisdiccional. A diferencia de la jurisdicción penal los tribunales de lo contencioso-administrativo no son indagadores.

2. La insuficiencia de la potestad jurisdiccional

En el orden contencioso-administrativo solo excepcionalmente se admite el principio inquisitivo, es decir, la actuación indagadora del juzgador para profundizar en el conocimiento de los hechos y de los fundamentos de las pretensiones formuladas por las partes en sus escritos y pruebas. El art. 6 de la vigente LJCA ciertamente permite que el órgano jurisdiccional acuerde de oficio la práctica de pruebas durante y después incluso de finalizado el período de prueba, y también el art. 65 de la misma Ley regula la potestad de plantear cuestiones nuevas no suscitadas por las partes. Sin embargo, cada vez es menos frecuente la aplicación de estas potestades a consecuencia de la masificación de los recursos en todos los juzgados y tribunales. Si se desarrollaran en la práctica todas las previsiones legales podría incrementarse la formación inquisitiva. Es de destacar en este sentido la acogida de la misma en los casos de desistimiento (art. 74.4) de allanamiento (art. 75.2), de reconocimiento extrajudicial de las pretensiones del recurrente (art. 76.2) y de la desusada conciliación (art. 77.3).

3. La separación del criterio de la “convicción moral del juzgador”

En consecuencia, esa avanzada doctrina jurisprudencial en el debut de la “desviación de poder” quedó superada. En realidad podía derivar en todos los excesos del subjetivismo, como, por cierto, se vienen multiplicando de hecho en la actual jurisprudencia de urgencia que se padece en materias graves como la valoración de la prueba de las expropiaciones (es normal leer rechazos de las valoraciones con motivaciones como “a la Sala no le convencen los argumentos del perito”, pese a no haber acordado **diligencias para mejor proveer** y llegando a dictar sentencia desestimatoria que premia a la Administración expropiante que valoró a la baja el justiprecio y que no practicó prueba en el proceso), o la no admisión de recursos con argumentos huecos o puramente formalistas. Se olvida con frecuencia que la interdicción de la arbitrariedad de “los poderes públicos” alcanza también a la sana crítica de los Tribunales.

4. Decadencia de la revisión directa de la desviación de poder; su sustitución por otras técnicas

El declinar de la desviación de poder fue estimulado por la aplicación de otras técnicas útiles, aunque no se concentraran en la fiscalización del núcleo de aquella: el rechazo de la inmoralidad de las Administraciones públicas, trasunto de la motivación real de los actos de sus autoridades y funcionarios; la corrupción privada o pública en las actuaciones no vinculadas por el servicio objetivo a los intereses generales. Aprovechando los avances en el control de la discrecionalidad —frecuente campo de las desviaciones de poder— se han fiscalizado estas.

Es pues necesario recordar la abundante jurisprudencia sobre el “control de los hechos determinantes de las decisiones administrativas” que tanto alivió la revisión de la discrecionalidad. Dos nombres quiero recordar aquí: el del maestro García de Enterría y el del magistrado Ángel Martín del Burgo. En el congreso italo-español que celebramos en Florencia a finales de los setenta comenté la sentencia de este gran juez que aplicó por vez primera el control de los hechos a un caso de denegación de una licencia de obras a un edificio en Mérida en razón al supuesto daño que produciría a un bien de interés cultural —o del patrimonio histórico- artístico como entonces decíamos bajo la vigencia aun de la Ley del Tesoro artístico de 1933-. Causó gran admiración a todos la creatividad de aquella primera sentencia de aquel gran Magistrado que un día definí como “un hacedor de justicia aún a pesar de las leyes”.

Otra de las técnicas influyentes en el declinar de la desviación de poder fue el “balance costo-beneficio” trasplantados de las jurisprudencias francesa y alemana para controlar la oportunidad y la discrecionalidad.

Y, asimismo, ha sido fructífero el principio de proporcionalidad tan enriquecido en la jurisprudencia administrativa.

Pero, a nuestro propósito en este análisis interesa ya entrar en el comentario de la Sentencia determinante de este estudio, para aproximarnos a la formulación de unas propuestas de reformas legislativas necesarias.

III. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o 5 DE SEVILLA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO POR UNA JUEZA EXCEPCIONAL

Como he indicado puede leerse esta sentencia en el Anexo. Sólo destacaré aquí algunas notas esenciales.

1. Densidad probatoria en el juicio oral

La flexibilidad del procedimiento abreviado (art. 78 de la LJCA), introducido bajo la inspiración del procedimiento laboral, permitió a la Juzgadora extraer todos los beneficios de la inmediación, la concentración y la efectiva aplicación de la potestad inquisitiva.

Hay que subrayar la densidad probatoria realizada en el juicio oral. Se admitieron y practicaron todas las pruebas tanto de prensa como los videos de las distintas cadenas de televisión, especialmente de las locales. En ellas se conocían directamente, sin versiones de terceros, las declaraciones del político que implicaban al Arquitecto recurrente en la pérdida de los elementos técnicos que integraron la estructura del recinto donde se celebró aquella final de la Copa Davis en Sevilla. Quedaban también expuestas al conocimiento de las partes todas las circunstancias determinantes de las que hace transcripción profusamente la resolución para elaborar una *ratio dicendi*. Asimismo aplica la sana crítica a los documentos acreditativos de las asistencias sanitarias necesarias y al reconocimiento de la indemnización por el daño moral.

2. La efectividad de la aplicación del principio inquisitivo

Además de la admisión de todas las pruebas., en la practica de las mismas no sólo se puntualizaron los hechos y sus circunstancias sino que, en especial las testificales, permitieron las aclaraciones necesarias para llevar a la juzgadora no sólo a la convicción moral como apreciación subjetiva, sino a la confirmación objetiva del fundamento de aquella convicción..El minucioso relato de los hechos probados crea un sólido fundamento para indagar definitivamente sobre la finalidad de las voluntades, motivaciones y actuaciones. Aplicando el método puede llegar la sentencia (en su fundamento jurídico quinto) a realizar esta categórica afirmación: “la evidencia, sin embargo, de que se ha perseguido un fin distinto y contrario al ordenamiento jurídico al cesar al demandante viene sin embargo por la probada utilización que por parte de presidente del IMD, Sr Político ... (que es a propuesta de quien se nombra al demandante y a quien corresponde por ello proponer el cese) se hace del cese del demandante para acallar a la opinión pública, indignada por la falta de vigilancia”.

3. Plenitud de la declaración anulatoria y del resarcimiento de daños y perjuicios

La consecuencia directa de las bases consolidadas en el enjuiciamiento es la plenitud de los efectos anulatorios llegando incluso a declarar el derecho del Arquitecto recurrente a ser repuesto “en dicho puesto de trabajo con efectos retro-

activos y a la percepción de la diferencia retributiva dejada de percibir entre la correspondiente al puesto de trabajo del que fue cesado y la del que ha venido ocupando y a la indemnización por los daños morales y físicos causados”.

Es interesante considerar si la sentencia incurre en contradicción con el art. 71.2 de la vigente LJCA que prohíbe a los órganos jurisdiccionales “determinar el contenido discrecional de los actos anulados “. La doctrina mayoritaria ha sido crítica ante este recorte a la potestad jurisdiccional. Podría argumentarse que, al ser una Jefatura de libre designación, el cese era discrecional, por lo que se excedía la sentencia al declarar el derecho del recurrente a ser repuesto en dicho puesto de trabajo con efectos retroactivos pero, aparte del margen de decisión reconocible a la Juzgadora, es evidente que el efecto anulatorio del cese hacía renacer la situación jurídica preexistente. En todo caso, la motivación del cese no era el interés general ni razones objetivas insertas en la potestad de autoorganización por lo que la discrecionalidad sólo era arbitrariedad, cuya interdicción garantiza el art. 9.3 de la Constitución. Sobre este punto abunda la sentencia de la Sala de Sevilla que desestimó el recurso de apelación del Ayuntamiento, en estos términos: “queda, pues, probado que el político atribuyó al apelado la responsabilidad de custodia y la negligencia en el ejercicio de la misma; cuando como se indica en la sentencia, y es admitido por la Administración, entre las funciones del apelado no se encontraban las de vigilancia y custodia de la estructura. Esto permite concluir, como hace la sentencia de instancia, que con el cese no se perseguía la autoorganización administrativa, sino un fin distinto del previsto en el ordenamiento jurídico como es acallar a la opinión pública para diluir la responsabilidad política derivada de la sustracción de la cubierta de una parcela municipal carente de todo sistema de vigilancia. No puede prosperar el recurso en este punto.”.

IV. PROPUESTAS DE REFORMA

1. Necesidad de dar respuesta procesal a las nuevas circunstancias

En los últimos tiempos se ha incrementado el deterioro ético-jurídico de muchas actuaciones administrativas. Aunque prescindieramos con prudencia de los casos en los que las denuncias de corrupción y arbitrariedades obedecen a enfrentamientos políticos, encontraríamos un denso conjunto de hechos reales y objetivos que patentizan el aumento de la desviación de poder en el funcionamiento de las Administraciones Públicas. Las nuevas circunstancias se han hecho más notorias en la jurisprudencia penal. La vía penal está siendo más utilizada por los ciudadanos y por los políticos, a veces por imponer la llamada “pena del banquillo” ante la opinión pública, pero en muchas ocasiones por confiar más en su efectividad por la aplicación del principio inquisitivo y por su pronta utilización

social. La judicialización penal de la vida pública es una expresión del fracaso democrático y manifiesta una adulteración de la distribución de las materias atribuidas a los distintos órdenes jurisdiccionales. Recientemente me planteaba un Secretario de Ayuntamiento que había sido denunciado por los concejales de un partido político por haber emitido un informe supuestamente ilegítimo sin que hubieran interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acto del Pleno municipal que resolvió el expediente donde se incorporó dicho informe. Consideraban más eficaz a sus propósitos la vía penal contra ese elemento no vinculante para la formación de la voluntad municipal que la vía del recurso contencioso-administrativo.

Las nuevas circunstancias obligan a introducir algunas reformas legales que considero prioritarias al menos en estos tres temas: el reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa en ciertas materias determinantes de nuevos delitos, el reforzamiento del principio inquisitivo en el orden contencioso-administrativo, y la incorporación del arbitraje intraprocesal. Temas que he tratado en otros trabajos por lo que aquí haré unas referencias sintéticas.

2. El reforzamiento del principio inquisitivo

Ni la masificación de los recursos pendientes en los órganos jurisdiccionales, ni la insuficiencia de las actuaciones procesales de las partes puede justificar que se deniegue la tutela judicial efectiva en los supuestos de desviación de poder. Participan tan intensamente de las materias de orden público que la potestad jurisdiccional debe estar armada con todas las técnicas de indagación para que la convicción de los juzgadores se fortalezca con los medios probatorios más sólidos. A tal fin podría exigir la ley la aplicación necesaria de la ampliación del expediente administrativo, de la práctica de pruebas y diligencias para mejor proveer en todos los casos que el órgano jurisdiccional no considere suficientemente probada la desviación de poder denunciada. La evitación del peligro de incremento de denuncias de desviación de poder habrá que garantizarlo por otras vías sea la condena en costas o a la indemnización de daños y perjuicios, e incluso en casos graves pasar el asunto a los Tribunales penales.

3. Reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa (protección ambiental, ordenación del territorio, urbanismo, procedimiento de selección).

Una nota común en toda las tipificaciones penales de los nuevos delitos urbanísticos, contra la ordenación del territorio o el medio ambiente y de otras materias, como podían ser las infracciones penales en los procedimientos de selección, etc., es que para la formación del supuesto de hecho debe existir infracción de

las normas administrativas reguladoras de dichas materias (leyes o planes de medio ambiente, ordenación del territorio). El juez penal puede encontrarse con importantes cuestiones administrativas previas para apreciar la formación del tipo. En tales asuntos debería ser obligada la prejudicialidad contencioso-administrativa para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se plantearían los supuestos de desviación de poder como antesala del tratamiento penal de los mismos.

4. Incorporación del arbitraje intraprocesal

Tras el intento de un anteproyecto de ley sobre conciliación, mediación y arbitraje – propiciado por el art. 107 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, 30/92, pero no acogido por el gobierno -, he venido proponiendo la incorporación del arbitraje intraprocesal a fin de agilizar el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de ofrecer a las partes y a los juzgadores la posibilidad de nombrar un arbitro experto, elegido de entre una lista de expertos previamente seleccionados (entre jueces, abogados, catedráticos y profesores, abogados del estado, secretarios de Ayuntamiento, etc. Jubilados) para que emita un laudo bajo la supervisión y el control del Juez o la Sala competente y exclusiva titular de la potestad jurisdiccional que podía dictar la resolución confirmatoria definitiva en términos análogos a los previstos en el vigente art. 113 de la Ley J-C.A.

La duración de los procedimientos a los que se aplicara esta técnica, se reduciría ostensiblemente con un beneficio importante para la sociedad.

V. CONCLUSIÓN

Cuando N. Bobbio analizo la crisis de la democracia descubrió un mundo muy proclive a la decadencia de la ética que hace mas sensibles y atendibles las técnicas jurídicas diseñadas para garantizar el servicio objetivo a los intereses generales y hacer frente a la peor crisis de la legalidad. La desviación de poder ha de renacer con toda su virtualidad fortalecida con los instrumentos procesales que creen seguridad jurídica, base de la confianza para el funcionamiento de la democracia. En esa línea se sitúan las sentencias de la jueza y de la Sala de Sevilla que nos han inspirado estas reflexiones para compartirlas con el maestro José Luís Meilan Gil en este feliz periodo de su vida.

ANEXO

1.- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Sevilla de 20 de diciembre de 2007.

2.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de febrero de 2009.

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
Número 5
Sevilla
Procedimiento Abreviado núm. 666/06

- S E N T E N C I A núm. 655/07 -

En Sevilla a veinte de diciembre de 2007

La Sra. D^a MARIA FERNANDA MIRMAN CASTILLO, Magistrada-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo número 5 de los de Sevilla, ha visto los autos del recurso contencioso administrativo número 666/06, interpuesto por el Procurador D....., con la asistencia del Letrado D..... en nombre y representación de D..... Contra la resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, defendido por el letrado de sus servicios jurídicos D..... sobre PERSONAL. Se ha personado como interesado el Procurador D..... con la asistencia letrada de D..... en nombre y representación de D.....

La cuantía ha sido fijada como indeterminada y se ha seguido el trámite del procedimiento ABREVIADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó el 7 de julio de 2007 escrito de demanda de Procedimiento Abreviado en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó permanentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando se dictase sentencia por la cual:

- a) se anule el referido acuerdo de 27 de abril de 2006, por el que se dispone el cese del demandante en la comisión de servicios de Jefe del Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructuras Deportivas del Instituto Municipal de

- Deportes, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico con reposición del mismo en dicho puesto, y
- b) acuerde una indemnización por los daños sufridos por el demandante ascendente a la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia.

Segundo.- Admitido a trámite el recurso se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de vista con citación de las partes, a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente. Tras una primera suspensión de la vista y personación del citado interesado, la vista tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2007. A dicho acto de la vista comparecieron ambas partes, no así el interesado, afirmando y ratificándose la recurrente en su demanda y oponiéndose la demandada con los argumentos que estimó pertinentes y tras fijar la cuantía y practicar la prueba admitida consistente en documental y testifical, las partes formularon en el acto sus conclusiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

Tercero.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales excepto en cuanto a plazos debido a la acumulación de trabajo que pesa sobre este juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Es objeto de este recurso la Resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese del demandante, funcionario municipal por oposición de una plaza de Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla, en la Comisión de Servicios de Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, puesto éste de libre designación para el que fue nombrado el 2 de septiembre de 2004 a propuesta del Vicepresidente del Instituto Municipal de Deportes, y todo ello con efectividad de 28 de abril de 2006, así como adscribirle provisionalmente con efectividad de 29 de abril de 2006 al puesto de Jefe de negociado General de Obras Técnicas.

Por la parte demandante se alega que el acto debe ser anulado a) por falta de motivación del acto recurrido; b) por dictarse sin audiencia del interesado; c) porque se ha incurrido en desviación de poder.

Segundo.- Son de interés para la resolución de este pleito los siguientes hechos que se estiman probados:

En su calidad de Jefe del Servicio para el que fue nombrado, el demandante

suscribió a 7 de noviembre de 2005, a requerimiento del Sr. Delegado de Juventud y Deportes y Vicepresidente del IMD descripción de la conformación del Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, así como la programación de Inversiones aprobada para 2005, que se recogen en el documento denominado Estructura, Funciones y Actuaciones del Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructura Deportiva, que tiene elaborado el Instituto Municipal de Deportes. En el apartado I se enumeran las funciones del servicio, donde no se cuenta la de responsabilidad por el almacenaje ni contratación de seguros. En el acto de la vista, al fijar los hechos discutidos, el letrado del Ayuntamiento manifestó que era hecho pacífico que no era responsabilidad del demandante la custodia de la estructura sustraída a la que se hará referencia, ni la contratación de seguro alguno.

Entre las tareas propias del Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante, se contaba la construcción del pabellón deportivo de la Paz. Al efecto se pensó en la reutilización de la estructura espacial de la pista principal de la final de la Copa Davis 2004 de Sevilla, en orden a lo cual el Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante se puso en contacto con la empresa L fabricante de la misma.

Un representante de la citada empresa estuvo en la ciudad del 8 al 10 de marzo examinando los planos de diseño y distribución de la construcción, recomendando la disposición de la estructura sobre soportes de hormigón. A la manifestación del Servicio de que desconocía el estado actual de la estructura almacenada por no ser de su competencia, mediante carta de 15 de marzo de 2006 informó que para presupuestar la reutilización de dicha estructura era necesaria la verificación de su estado y recuento del material, a fin de posibilitar una valoración más precisa.

El 22 de marzo de 2006 una representación de dicho Servicio de Obra se personó en el mencionado solar, acompañados del Delegado de la casa comercial L, fabricante de las barras, comprobando que habían sido sustraídas gran cantidad de las mismas, así como la totalidad de las esferas que conforman los nudos de la estructura, indispensables para el nuevo montaje. Asimismo se echaron en falta otros muchos elementos allí acopiados de la misma estructura, pero cuya reutilización se había desestimado. Un recuento rápido arrojó un resultado de aproximadamente 500 barras disponibles. El demandante alega, y por parte de la Administración demandada no se ha negado, que informó verbalmente de este hecho el mismo 22 de marzo del 2006 a la Sección de Logística y a su responsable, Sr. D....., Sección de Logística sin relación jerárquica con el demandante que había intervenido en el expediente de desmontaje instruido por el Servicio de Deportes y en la determinación del lugar de almacenaje. De hecho, dicha sección llevó a cabo algunas reparaciones en la valla del solar donde estaba deposi-

tada la cubierta. Alega el demandante, y la Administración demandada no lo ha negado de forma expresa, que además de informar verbalmente el demandante al Sr....., otro funcionario de su servicio informó a otro del Servicio de Logística, como servicio responsable dentro del organigrama del IMD, del hecho y todo ello a fin de que ellos, que conocían realmente el volumen del material depositado, fueran a verlo y a confirmar los hechos.

Con fecha 18 de abril de 2006, D^a....., funcionaria del Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante, remitió al demandante un escrito del tenor siguiente:

“Habiéndose planteado la reutilización e las barras empleadas en la estructura que se levantó con motivo de la celebración de la Copa Davis en Sevilla en 2004, el Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructuras del Instituto Municipal de Deportes (IMD) procedió a comprobar el estado de dichas barras, acopiadas en un solar del IMD ubicado en Sevilla Este.

Con fecha 22 de marzo de 2006, una representación de dicho Servicio de Obras se personó en el mencionado solar, acompañados del Delegado de la casa comercial L, fabricante de las barras, comprobando que habían sido sustraídas gran cantidad de las mismas, así como la totalidad de las esferas que conforman los nudos de la estructura, indispensables para el nuevo montaje. Asimismo se echaron en falta otros muchos elementos allí acopiados de la misma estructura, pero cuya reutilización se había desestimado. Un recuento rápido arrojó un resultado de aproximadamente 500 barras disponibles.

Con fecha de hoy, nuevamente se ha realizado una visita al lugar del acopio, con la intención de realizar un recuento exhaustivo, incluso una clasificación de los distintos tipos de barras. Nos hemos encontrado con que el cerramiento metálico del solar había sido cortado en la anchura suficiente como para permitir el acceso de un vehículo y, ante todo, sólo quedaba uno de los grupos de barras de los que se había detectado en la primera visita, habiendo desaparecido no sólo el resto de barras, sino todos los demás elementos de la cubierta que sí estaban en la primera visita. Tras el recuento, que se ha realizado con la ayuda de dos técnicos de mantenimiento del C.D. Alcosa, se ha comprobado que quedan 75 barras disponibles para la reutilización, algunas de ellas en mal estado, cantidad que es a todas luces insuficiente para el objetivo planteado inicialmente.”

A la vista del mencionado escrito, el ahora demandante redactó el mismo día un escrito dirigido al Sr. Vicegerente del IMD, con la rúbrica: *“Asunto: Reutilización de la estructura espacial de la cubierta de la final Copa Davis 2004 para pabellones del IMD”*, que fue entregado el siguiente día 19 al vicegerente del IMD, con el siguiente texto:

“La estructura desmontada fue acopiada por la empresa L en la parcela de Sevilla Este donde se planteó realizar la construcción definitiva del Pabellón cubierto.

Al haberse realizado el Proyecto Básico y concurso para la construcción de un Pabellón cubierto en la C.D. La Paz, ha sido necesario comprobar la situación del material acopiado. Con fecha 22 de marzo actual se efectuó visita por miembros de este servicio, comprobando que se había efectuado rotura de la malla de cerramiento de la parcela y que se había sustraído diverso material.

Puestos posteriormente en comunicación con la empresa L, para que se realizasen el presupuesto de reutilización de la estructura, nos fue indicado que era necesario comprobar las denominaciones grabadas en los elementos de la estructura.

Esto ha motivado una visita realizada en la mañana de hoy por miembros de este Servicio, cuyo informe se adjunta, que pone de manifiesto que la sustracción de las piezas de la estructura no solo ha continuado, sino que al quitar paños completos prácticamente ha sido sustraída la totalidad de las barras acopiadas en los últimos días transcurridos, lo que se pone en conocimiento para que se actúe de manera procedente, así como en consecuencia, o se retira de manera inmediata el material restante o no quedará vestigio alguno de la estructura.

A la empresa L se le ha indicado que a las empresas que les pidan ofertas para licitar en el concurso, les presupuesten la totalidad de la estructura ante la situación existente”(la negrita es mía)

El día 21 de abril de 2006 el portavoz de la oposición, D....., además de dirigir una carta al Alcalde pidiendo explicaciones, dio una rueda de prensa denunciando el robo de la cubierta así como que la misma se encontraba sin vigilancia pese a estar valorada en 720.000 euros.

Ese mismo día, a requerimiento del Vicepresidente del IMD, D....., el actor acompañó al Vicegerente, Sr....., a presentar denuncia por robo en la Comisaría de Policía, y ese mismo día 21 de abril D..... compareció ante la prensa reconociendo el robo y manifestando que había sido una operación “rápida” en la que habían intervenido camiones y grúas de gran tonelaje y manifestando que la estructura, de gran tonelaje, llevaba allí depositada desde marzo de 2005 sin vigilancia.

Desde el día 22 de abril de 2006 la prensa se hizo eco de la sustracción de la cubierta subrayando la falta de vigilancia de la misma y la negligencia que ello suponía.

El 23 de abril de 2006 la prensa publicó que el Delegado Municipal de Deportes comenzó el día anterior (por el día 22 de abril) a depurar responsabilidades por el robo de la cubierta destituyendo al Jefe de Servicio de Obras y proyectos D..... como “titular directo de la custodia de dicha estructura” según una nota distribuida por el Ayuntamiento entre los medios de información que transcribieron entrecomilladas la citada expresión y que también publicaron declaraciones del Excmo. Sr. Alcalde manifestando que la falta de vigilancia del solar

donde estaba la cubierta es “*absolutamente increíble e inadmisibile*” y que iba a exigir responsabilidades por tal hecho.

El 27 de abril de 2006 la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla aprueba la propuesta de la Ilma. Capitular Delegada del área de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Sevilla de cesar al demandante en su comisión de servicios como Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, así como adscribirle provisionalmente al puesto de jefe de negociado General de Obras Técnicas.

El 1 de mayo de 2006 D..... declaró en un coloquio en el programa de TV “la Liga” de CRN Giralda: “... *desmontamos nuestra cubierta y en marzo de 2005, como corresponde a un buen gestor hablamos con nuestros técnicos y les planteamos que a dónde quieren que les llevemos esa infraestructura que hemos comprado por 228 millones. Nuestro jefe de servicio nos dice que la llevemos a Sevilla este, así lo hacemos, allí la depositamos para el inicio y construcción de un pabellón polideportivo y a partir de ahí se estancan las cosas a veces en el ámbito de la Administración, le planteamos al jefe de servicio si quiere sacar la infraestructura de allí, en ningún momento se nos da orden por parte del Servicio de sacarla de allí. Confiamos en nuestros técnicos. No puede ser de otra manera y se produce ese robo de la infraestructura.*

(...)

Se transporta hasta hacia una parcela de titularidad municipal del Ayuntamiento de Sevilla, la misma parcela que iba a acoger el futuro pabellón de Sevilla Este. Es decir, Delegado, lleve usted allí la cubierta porque allí es donde vamos a empezar a reutilizar esa estructura tan magnífica(...) las cosas se retrasan y se produce el robo.

Nosotros la llevamos allí porque los técnicos nos lo dicen, de no haber sido así la habríamos guardado pues en San Pablo, en el Estadio Olímpico, en cualquier otro sitio. Nos dijeron pónganla allí, allí la pusimos y de manera consecuyente con lo que nos dicen nuestros técnicos. Se demuestra posteriormente esta negligencia del Jefe de Servicio y así se procedió con rapidez al cese.”

(...)

La parcela donde se apila la cubierta de la Copa Davis donde vamos a construir un pabellón polideportivo fue cedida en el año 97 por el partido Andalucista (...) al Club Natación Sevilla. El Club Natación Sevilla se comprometió a construir una piscina (...) se puso a su disposición un solar (...). Hagan ustedes una piscina para la gente de Sevilla Este. Pasó el tiempo, no la construyen y por tanto incumplen el contrato que tenían firmado con nosotros. Le retiramos el solar. (...) La parcela es del IMD y por tanto del Ayuntamiento y nosotros en nuestra casa, metemos lo que queremos. Metemos nuestra cubierta, la guardamos allí y el Club Natación Sevilla ha hecho uso indebido (...)”

A la acusación de otros intervinientes de que el “IMD, el Sr.” sabía que se estaba robando, el Sr. lo negó manifestando:

No lo sabía porque hizo sus revisiones y lo hizo con un técnico de L, Don (...), que estuvo presente el 22 de marzo en la parcela y verificó el material que allí había y eso está por escrito.

(...)

Posteriormente hay una intervención telefónica en nombre del Club Natación Sevilla en la que se dice:

“... La parcela (...) es una parcela efectivamente cedida el 23 de octubre del 97 por contrato por el Ayuntamiento al Club. Es parcela actualmente sigue en posesión del Club por cuanto que no ha existido ningún acto expreso por el que el Ayuntamiento haya resuelto el contrato de concesión. Pues bien, en esa parcela al parecer, según se comenta por todos, se almacena allí por el Ayuntamiento sin decir absolutamente nada al Club Natación Sevilla, se almacena la Copa Davis.

Obviamente, si conocéis la ubicación del Club Natación Sevilla, se ubica en la calle Trastamara, dentro de Sevilla, que está muy alejado, muy alejado, de Sevilla Este. Un gran barrio, pero alejado de nuestras instalaciones principales. Esa parcela allí no se desarrolla actividad alguna, está cerrada con una valla, tiene su puerta o, tenía al menos su puerta cerrada con un candado y allí no se visita esa parcela asiduamente...

(...) En ningún momento tuvo conocimiento alguno de que allí se almacenaba material por parte del Ayuntamiento. Es más. Cuales son los hechos que realmente acaecen en esta serie de, yo creo, de malentendidos, en gran parte. Sucede que en marzo de este año (...) aparece un señor que es chatarrero y comenta con el encargado del Club que ha visto en la parcela algunos hierros y algún cartel de obra y que ofrece, ofrece, 1.200 euros por retirar esos enseres, llevárselos al peso y además, limpiar un poco la parcela de hierbas, etc... que hay allí. El encargado lo comenta con el Sr. Presidente que estaba en ese momento, que es arquitecto, y efectivamente tanto el encargado como el señor presidente en ese momento sabían obviamente que en esos años 98, 99, se habían efectuado unas obras en la parcela. En concreto la construcción de un paso de piscina de 25 x 25 y que efectivamente allí pues sobraron una serie de hierros procedente de esa obra, arena, que existía un cartel de la empresa contratista, otro cartel de publicidad de estos grandes del Club y, bueno, más o menos pues dicen que por 1.200 euros, pues, bien, que se lleve esos enseres y que limpie la parcela (...)”

El 5 de mayo de 2006, en el acta de la sesión extraordinaria del Consejo de Gobierno del IMD se recoge que el Sr., vicepresidente del IMD, declara que “el cese del Sr. no se produce por la sustracción de la cubierta sino por la pérdida de confianza y dado que se trata de un puesto de libre designación”, y recoge así mismo

dicha acta que *“por el Gerente se ratifica esta circunstancia de pérdida de confianza, sustentada en que la comunicación escrita que entregó, el título hacía referencia a la reutilización de la cubierta y no al robo, del que sólo se hace mención en el párrafo quinto, siendo entregado el 19 de abril por medio de una auxiliar administrativo, no mencionándole el tema del robo en una reunión que tuvo con él el día 19, ni tampoco se comunicó en el Consejo de Dirección del Instituto...”* (folio 4 del acta).

Más adelante, al folio 6 del acta se recoge: *“Por el Sr. Gerente se interviene para manifestar que el cese se ha producido por la pérdida de confianza en el Jefe de Obras y Proyectos, el cual al menos desde el 22 de marzo ha tenido conocimiento del robo y no lo ha comunicado adecuadamente y que la cubierta se puso en esa parcela a indicación del Sr..... quien nunca pensó que 150 toneladas las fuera a robar nadie y que sólo planteó el cierre de la parcela del modo en que está”... “Por el Sr. Vicepresidente se manifiesta que la sección de Logística fue informada de los daños en la parcela, desplazándose a la misma para repararlos pero no le competía la custodia y guarda de la misma”.*

El periódico El Mundo publicaba el 6 de mayo declaraciones del Concejal de Deportes en las que ya no imputaba al Sr..... negligencia en la custodia de la cubierta sino que afirma que *“el Sr..... recibirá la información el 22 de marzo pero no emitió un informe y en lugar de dirigirse al Delegado se quedó callado durante un mes”*, por lo que estimó negligencia en el funcionario *“que fue cesado de forma fulminante 24 horas después”*. *“No conocemos nada por escrito desde el 22 de marzo hasta el 19 de abril”*. Sobre el Vicegerente añade que *“tardó 48 horas en leer el documento”* hecho que achacó a que *“tenía un título absolutamente distorsionado con respecto a lo que estaba ocurriendo”*. Lo que estimaba responsabilidad *“de menor intensidad”*. Y añadió *“la investigación policial depurará responsabilidades civiles o penales y si existe una intencionalidad o mal proceder por parte del funcionario, se hará lo que dicte el Juez”*.

Al día siguiente, el 6 de mayo de 2006, el Gerente del IMD, D....., publicó un artículo de opinión en el periódico El Correo de Andalucía en el que afirmaba en relación al robo de la cubierta que ésta se había amortizado con el uso previsto, en la Copa Davis. No obstante se decidió su reutilización y añadía: *“Para ello se depositó en el lugar y con las condiciones que decidieron los técnicos. Afirmar que la cubierta debía haber tenido vigilancia las 24 horas del día (bien amortizado al terminar su uso previsto) hubiera supuesto gastarse más dinero en el collar que en el perro. Las revisiones eran periódicas y (...) los técnicos no consideraron más medidas de seguridad”*.

El 9 de mayo publicó el ABC de Sevilla que el responsable de la custodia de la estructura era el propio Gerente del IMD y Coordinador Local de Izquierda Unida, D....., por cuanto a dicha Gerencia estaba adscrita directamente la sección de logística encargada según el reglamento del IMD de la salvaguarda y almacenamiento del material, así como que el mismo 22 de marzo, como pos-

teriormente, el demandante alertó a esta sección de logística y en concreto a su responsable el Sr....., hombre de confianza del Gerente, de que faltaban algunas barras y esferas y que se había roto la valla de protección.

El 27 de mayo de 2006 el periódico ABC publicó que el Delegado de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, D....., culpaba a la Junta de Andalucía de que la cubierta de la Copa Davis de 2004 permaneciera almacenada más tiempo de lo que habían previsto inicialmente en la parcela de Sevilla Este de la que se sustrajo por el retraso en la llegada del dinero de las arcas autonómicas para acometer la reutilización de la estructura.

Como consecuencia del cese el demandante ha sufrido daños económicos derivados de una pérdida de ingresos como jefe de servicio así como un gran sufrimiento psíquico que se estima deriva necesariamente del hecho de comunicar mediante nota de prensa a los medios de comunicación por parte del Ayuntamiento de Sevilla el cese del demandante “*como titular directo de la custodia de la cubierta*”, y no desmentirlo ni matizarlo siquiera posteriormente a sabiendas de que no era verdad, insistiéndose por el contrario en días sucesivos en que ha existido una grave negligencia en el demandante con relación de causa-efecto con la sustracción de la cubierta que justificaba su “cese fulminante”.

Todo ello ha supuesto también daños a la salud del demandante, sometido a un estrés socio-laboral grave ante la gran repercusión social de los hechos narrados, habiendo sufrido empeoramiento de enfermedades que venía padeciendo de hipertensión arterial, hipercolesterolemia y eczema seborreico y precisado asistencia psicológica y psiquiátrica con diagnóstico de trastorno adaptativo depresivo ansioso y crisis hipertensivas como reacciones psicósomáticas al estrés que requirió baja laboral dos veces para su restablecimiento.

Tercero.- A la vista de los hechos descritos procede analizar los motivos de impugnación del acto administrativo impugnado. En cuanto a la falta de motivación del acto administrativo impugnado conviene traer a colación la pacífica jurisprudencia establecida sobre el cese en los puestos de libre designación. Por todas, dispone la STS, secc 7ª, de 29/09/2006:

“SEGUNDO: El primer motivo que se alega por la recurrente es la falta de motivación del acto recurrido. Sin embargo, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (entre otras, en sentencias de 10 y 11 de enero de 1997 ó 17 de diciembre de 2002, entre otras, de la Sala Tercera, Sección Séptima, del Tribunal Supremo) que el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales (letra f del artículo 54.1 de la Ley 30/92 modificada por Ley 4/99), consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada

para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. En esta línea, ya señaló también la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal, de 20 de noviembre de 1986, que la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente.

Del examen precedente se infiere que la confianza sólo puede ser apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona y la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado para un cargo no son susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, pues la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente por la Administración, de acuerdo con sus normas especiales.”

En el derecho positivo, el art. 58 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, establece:

“1. Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla.”

Incluso la sentencia del TSJ País Vasco de 24 de noviembre de 2003 que cita la parte demandante en apoyo de su argumentación diferencia el cese en las Comisiones de Servicios del cese en los puestos de libre designación para decir de éstos que no es parangonable la libertad de cesar en una comisión de servicios con la libertad de cesar en un cargo de libre designación, en que la libertad es máxima y vinculada a la competencia del órgano que tomó la decisión. Como se señala en la sentencia del TSJA, Sevilla, de 9 de junio de 1997, ponente D^a M^a Luisa Alejandre, *“la plaza ocupada lo era por tanto a merced de una decisión libre de las autoridades políticas, que tanto podía nombrarlo en virtud de la confianza que le inspirase como revocar el nombramiento cuando la misma desapareciese. El acceso a uno de los puestos de libre designación, indudablemente beneficiado por el hecho de no tener que demostrar mayores méritos o capacidad que otros funcionarios, lleva consigo la lógica servidumbre de su libre e inmotivada remoción (pues inmotivado jurídicamente es también el nombramiento)”*.

Cuarto.- En cuanto a que no se le haya dado audiencia al demandante antes de cesarle, tampoco es causa de nulidad del acto. Aunque sea humanamente comprensible que el demandante se haya sentido realmente indefenso ante el vai-

vén de los hechos que según el vicepresidente del IMD, Sr., constituían la “negligencia” por la que mereció el “cese fulminante”, iniciándose por ser titular directo de la custodia, terminando por ser quien propuso el sitio donde depositarla, pasando por no comunicar por *escrito* los hechos advertidos el 22 de marzo, o por comunicar el 19 de abril por escrito al Vicegerente los hechos advertidos el 18 de abril en lugar de hacerlo verbalmente al Gerente, y constando que incluso en el Acta del Consejo de Gobierno del IMD donde se trató su cese la Sra. manifestó que le hubiera gustado que el Sr. estuviese presente en dicho Consejo dándole la oportunidad de intervenir como persona a la que se le ha echado la culpa, tal como se hizo con el anterior gerente cesado, lo cierto es la jurisprudencia es igualmente pacífica en que el cese en el cargo de libre designación, a diferencia de la remoción de puestos cubiertos por concurso, al igual que no precisa ser motivado, tampoco requiere expediente contradictorio ni audiencia del interesado. Basta con el acto administrativo donde se motive la competencia para el cese. Por todas, STS de 13 de junio de 1997.

Quinto.- Por último, alega el demandante que el acto es nulo porque se ha incurrido en desviación de poder y trae a colación precisamente la última sentencia que citábamos, la del Supremo de 13 de junio de 1997, en que el Tribunal Supremo anuló el cese de un cargo de libre designación por estimar acreditado que el cese tuvo lugar *“movido por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien, desde un puesto de jerarquía inferior, pero actuando en el legítimo ejercicio de sus funciones –art. 12.2 Ley O. 2/1982, que ordena al Tribunal de Cuentas, hacer constar en la fiscalización cuantas infracciones, abusos o irregularidades hayan observado- había constatado al desarrollar la concreta actividad que se le había encomendado, patentes irregularidades, de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores. Lo que, desde luego, no cabía calificar de uso de las potestades organizatorias, concernientes al cese, de un modo concorde con el interés público, sino de desviación de poder”*.

Como señala la STS, Sala de lo contencioso-administrativo de 16 de junio de 1997, *“La desviación de poder, a la que hacen referencia el artículo 106.1 de la Constitución y los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy sustituidos por los artículos 53.2 y 63.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, es definida por el artículo 83.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, concepto que ha matizado la jurisprudencia declarando: A) Que es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador; B) Que se presume que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho; C) Que no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodo su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable”*.

El caso de autos la apariencia de legalidad viene dado por un descontento objetivo en el Gerente del IMD con el proceder del demandante, por haberse tenido que enterar por el Vicepresidente del IMD de un hecho del que el demandante, aunque no fuera de su competencia la custodia de la cubierta, tenía ya conocimiento y que por su repercusión social, estima que debió comunicárselo personalmente a él o al mismo Vicepresidente del IMD. Esa constatación de que el demandante no ha actuado como cabía esperar de un alto cargo de confianza, más allá de lo exigible a un funcionario que se limita al cumplimiento estricto de las tareas que tiene encomendadas, parece suficiente en principio para sustentar una pérdida de confianza y un cese en el cargo de libre disposición.

La evidencia sin embargo de que se ha perseguido un fin distinto y contrario al ordenamiento jurídico al cesar al demandante viene sin embargo por la probada utilización que por parte del Vicepresidente del IMD, Sr..... (que es a propuesta de quien se nombra al demandante y a quien corresponde por ello proponer el cese) se hace del cese del demandante para acallar a la opinión pública, indignada por la falta de vigilancia de una parcela en la que se había depositado una estructura que según el mismo Sr..... había adquirido el IMD por 228 millones de euros, y para presentar al Alcalde (que había anunciado que consideraba inadmisibles que la parcela de donde habían sustraído la valiosa estructura estuviese sin vigilancia y que iba a exigir por ello responsabilidades políticas) un “cese fulminante”, en sus propias palabras. La opinión pública no estaba indignada porque la noticia del aparente robo trascendiera de una manera u otra, sino por el robo en sí. Por eso el Sr..... manifiesta ante los medios de comunicación (a pesar de no hacerlo en la reunión del Consejo del IMD en la que se iba a dar explicaciones del cese) que cesa al demandante como “titular directo de la custodia de la estructura” y en sus sucesivas comparecencias insiste en la grave negligencia del funcionario como causa de la sustracción de la cubierta.

Nadie, ni la opinión pública ni el Sr. Alcalde, consideró que no era un sitio idóneo donde depositar la pesada estructura, de 105 toneladas, la misma parcela donde iba a ser utilizada, sólo acusaron de la falta de vigilancia, pero el Sr....., cuando no parece calar en la opinión pública que el hoy demandante era el responsable directo de la custodia de la estructura, no duda en mantener que el robo es culpa del funcionario por la “grave negligencia” de proponer el sitio donde depositar la estructura.

Se ha estimado acreditado, porque es un hecho que el demandante fija en su demanda y que por parte del letrado del Ayuntamiento no se niega, que al demandante no correspondía proveer de servicios de vigilancia a las instalaciones donde se custodie algún bien del IMD. Sin embargo el Sr..... insiste en que fue una negligencia del demandante no ordenar que hubiera un servicio de vigi-

lancia en la parcela cuando se deposita allí la estructura. En el programa de televisión llega a afirmar “*en ningún momento se nos da orden por parte del Servicio de sacarla de allí. Confiamos en nuestros técnicos. No puede ser de otra manera y se produce ese robo de la infraestructura*”. El Gerente del IMD parece sin embargo asumir la decisión de que la parcela estuviera su vigilancia por cuanto sobre el particular escribió en un artículo en la prensa “*Afirmar que la cubierta debía haber tenido vigilancia las 24 horas del día (bien amortizado al terminar su uso previsto) hubiera supuesto gastarse más dinero en el collar que en el perro*” aunque siguiendo la consigna marcada también añade que “*Las revisiones eran periódicas y (...) los técnicos no consideraron más medidas de seguridad*”, eso sí, sin aclarar a qué técnico está encomendada la seguridad de las instalaciones del IMD pese a reconocerse en juicio por el letrado del Ayuntamiento que no era en función del demandante. Por último, debe añadirse que esta juzgadora conoce la jurisprudencia según la cual los recortes de prensa sólo acreditan la existencia misma de la publicación de la noticia, pero no la veracidad de ésta (STS 30/04/99y 10/12/02) pero es que en el caso de autos lo que se ha estimado probado con tales recortes periodísticos es la propia publicación por la prensa de manifestaciones del Sr..... en ruedas a la prensa y un artículo de opinión firmado por el propio Gerente del IMD, no desmentidas ni matizadas por éstos en su momento ni por la Administración demandada al valorar la prueba en período de conclusiones.

El asumir las responsabilidades políticas no constituye ninguna obligación jurídica que como tal venga impuesta por una norma de derecho positivo. Por ello no se exige ante los tribunales este tipo de responsabilidad, sino dentro de la contienda política. Ahora bien, como estimó el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita de 13 de junio de 1997 lo que sí es contrario al ordenamiento jurídico es hacer uso de la potestad de autoorganización, concerniente al cese, para diluir la propia responsabilidad política exigida, recordemos, por no decidir dotar a la parcela de un sistema de vigilancia tras depositar en ella para su reutilización en ese mismo solar una valiosa estructura. Es evidente que tal ejercicio de potestades incumple el mandato constitucional del art. 103 de servir con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Sexto.- En conclusión, al apreciarse la concurrencia del vicio de desviación de poder, procede la consiguiente anulación del acto impugnado, con las demás pretensiones que se postulan en la demanda. No se aprecia circunstancia legal para imponer las costas (art. 139 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar y estimo el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D....., en nombre y representación de D....., contra la resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese del demandante, funcionario municipal por oposición de una plaza de Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla, en la Comisión de Servicios de Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, así como adscribirle provisionalmente con efectividad de 29 de abril de 2006 al puesto de Jefe de negociado General de Obras Técnicas.

Y declaro el derecho del recurrente a ser repuesto en dicho puesto de trabajo con efectos retroactivos y a la percepción de la diferencia retributiva dejada de percibir entre la correspondiente al puesto de trabajo del que fue cesado y la del que ha venido ocupando y a la indemnización por los daños morales y físicos causados cuya determinación se deja a la fase de ejecución de sentencia.

No ha lugar a una condena por las costas procesales causadas.

Una vez firme esta sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a partir de la presente notificación ante este Juzgado para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, devuélvase el expediente a la Administración demandada con testimonio de la presente para su ejecución.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación literal a los autos, lo pronuncio, manda y firmo.

Publicación.- La anterior Sentencia se ha hecho pública por la Ilma. Magistrada que la ha dictado. En Sevilla a día de la fecha.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Apelación 216/2008.- R.

Recurso 666/06 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Sevilla

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente
Don Julián Moreno Retamino
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña María Luisa Alejandre Durán
Don Eugenio Frías Martínez

En la ciudad de Sevilla, a diecisiete de febrero de dos mil nueve. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, ha visto la apelación referida en el encabezamiento interpuesta por AYUNTAMIENTO DE SEVILLA representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos contra Sentencia dictada el día 20 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Sevilla. Ha sido parte apelada D....., representado por el Procurador Sr....., y defendido por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 5 de Sevilla se dictó sentencia en el recurso 666/06.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación, del escrito de la parte recurrente se dio traslado en el Juzgado a las demás partes y se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2009, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Eugenio Frías Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada estima el recurso interpuesto contra resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese de la plaza de Jefe de Servicios de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes, por entender que existió desviación de poder.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento sostiene que se trata de una plaza de libre designación y que el motivo del cese fue la pérdida de confianza como consecuen-

cia de la tardanza en informar a sus superiores del robo de la cubierta utilizadas para la final de la Copa Davis, siendo ésta la única causa de la decisión adoptadas. Errónea apreciación de la sentencia de la existencia de desviación de poder, no existiendo prueba de la misma y sin que puedan utilizarse artículos periodísticos como medio de prueba. Vulneración del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción al haber determinado el contenido de un acto discrecional como es el nombramiento de libre designación al reponer al recurrente a su puesto. Y existencia de desviación procesal debido a que la restitución afecta al acto posterior de nombramiento de otro funcionario para la plaza.

TERCERO.- Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar señalando que el apelado, Arquitecto funcionario municipal, fue nombrado para el puesto cuyo cese se recurre por el procedimiento de libre designación, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Dicho artículo en ese número 1 y en su párrafo e) dispone que: “Los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser removidos del mismo con carácter discrecional”. En este sentido –como señala la STS de 29-5-1995- podemos decir que la posibilidad de libre remoción entraña el reconocimiento a favor de la Administración de una potestad discrecional, del mismo modo que discrecional fue el nombramiento, aunque fuera precedido de una convocatoria pública, por lo que, siendo en tales casos libre el nombramiento y el cese, cuando éste tiene lugar pesa sobre el interesado la carga de acreditar, si no se conforma con la remoción, que ésta se produjo arbitrariamente.

En efecto, es constante la doctrina Jurisprudencial que señala que cuando el funcionario ha sido designado para un concreto puesto de trabajo de forma discrecional, en atención no sólo al cumplimiento de una serie de requisitos legales, sino también a otras motivaciones que descansan en el especial contenido del puesto de trabajo y en la relación de confianza existente con la autoridad competente para hacer el nombramiento, ello determina que, cuando a juicio de ésta, se produce una pérdida de la idoneidad requerida para el desempeño del puesto y de la consiguiente confianza depositada en el funcionario, éste pueda ser cesado libremente con la misma discrecionalidad con la que fue nombrado, aunque no se haya producido una prueba de las circunstancias concretas que determinaron dicho cese, si el interesado, sobre quien pesa la carga de la prueba, no demuestra que el cese se ha producido arbitrariamente. (SSTS de 26-5-1989, 18-5-1995, 24-5-1995, 29-5-1995).

Con ello no se hace sino proyectar a estos supuestos la doctrina que el Tribunal Supremo tiene sentada a propósito del vicio de desviación de poder, consagrado en el ámbito constitucional en el art. 106.1 en relación con el art. 103 de

la Constitución, y definido en el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico, y que sirve de medio para que los Tribunales puedan ejercer facultades de control sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, sobre la legalidad de la actuación administrativa, y sobre el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, o, en definitiva, para determinar, por vía de control jurisdiccional, si existe o no discordancia entre el Ordenamiento y la actividad de la Administración desde el punto de vista de los fines previstos en aquél y de los perseguidos por ésta. Es presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios, de moralidad, habiendo precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para poder ser apreciada la desviación de poder, es preciso que quien la invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, no siendo suficiente basarlo en meras presunciones o conjeturas sobre ocultas intenciones.

No obstante, la jurisprudencia más reciente ha flexibilizado el rigor de la acción, que exigía una prueba cumplida y plena, exigiendo –SSTS 18-7-1992, 24-10 Y 5-12-1994, 19-12-1997), entre otras- tan sólo acreditar los hechos o elementos que permitan al Tribunal formar su convicción dadas las dificultades que siempre tiene la probanza de motivaciones internas.

CUARTO.- Coincidimos con la sentencia impugnada en que existe una apariencia de legalidad en la resolución dictada, siendo suficiente la motivación de la misma fundada en la pérdida de confianza, amparada en el retraso en informar a sus superiores de la sustracción de la cubierta. Lo que ha de determinarse si con dicho cese se pretendía una finalidad distinta de la de la autoorganización administrativa.

El Ayuntamiento sostiene la existencia de error en la valoración de los hechos, manteniendo que los artículos publicados en la prensa no pueden servir como medio probatorio para sustentar la existencia de la desviación de poder.

No podemos compartir dicho criterio. Los artículos periodísticos suelen contener informaciones y opiniones de sus autores que no implican la realidad de la noticia que recogen, pero de ello no puede negarse con carácter general todo valor a los mismos, siendo admisible su presentación como prueba documental, y pudiéndose valorar por los juzgados y tribunales con arreglo al criterio de la sana crítica. La forma en que deben de valorarse los mismos y la incidencia que tiene sobre los hechos alegados, corresponde efectuarla al juzgador. No puede la parte limitar, según su conveniencia, la eficacia de ciertas pruebas a unos hechos

concretos, como en este caso pretende el Ayuntamiento, limitar los artículos periodísticos a acreditar sólo el daño moral y no a la existencia o no de la desviación de poder. Como se ha indicado es al Juez al que corresponde efectuar la valoración de la prueba.

La sentencia da como probado que el Vicepresidente del IMD, Sr....., manifestó que el titular directo de la custodia de la estructura correspondía al apelado; basándose en los artículos periodísticos aportados en autos. Dicha valoración de la prueba ha de entenderse correcta. En primer lugar porque en los artículos se recogen las manifestaciones entrecomilladas, como las palabras efectuadas por el Sr....., y además, se recogen idénticas manifestaciones no en un solo artículo sino en varios artículos publicados en distintos periódicos, que coinciden entre sí, por lo que existe certeza de la veracidad de las informaciones y manifestaciones recogidas.

Por otro lado, junto con los artículos periodísticos, se recoge en la sentencia la intervención del Sr..... en un coloquio de televisión el 1 de mayo de 2006 en el que se manifiesta que es el técnico el que Jefe de Servicios el que determina donde debe llevarse la estructura y depositarla, y que en ningún momento plantea sacarla de donde se depositó, reiterando en varias ocasiones que se depositó donde los técnicos señalaron, indicando textualmente “Se demuestra posteriormente esta negligencia del Jefe de Servicio y así se procedió con rapidez al cese”. Esto es, imputa al apelado la decisión del lugar de la custodia y la negligencia respecto de dicha decisión.

Queda pues probado que el Sr..... atribuyó al apelado la responsabilidad de la custodia y la negligencia en el ejercicio de la misma; cuando como se indica en la sentencia, y es admitido por la Administración, entre las funciones del apelado no se encontraban las de vigilancia y custodia de la estructura. Esto permite concluir, como hace la sentencia de instancia, que con el cese no se perseguía la autoorganización administrativa, sino un fin distinto del previsto en el ordenamiento jurídico como es acallar a la opinión pública para diluir la responsabilidad política derivada de la sustracción de la cubierta de una parcela municipal carente de todo sistema de vigilancia. No puede prosperar el recurso en este punto.

QUINTO.- Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación de vulneración del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción. La sentencia no determina el contenido de ninguna decisión discrecional, sino que determinada la existencia de desviación de poder en cuanto al cese del puesto, y anulada la resolución administrativa, resulta evidente que debe de reconocérsele su derecho a continuar en el puesto del que fue ilegalmente cesado desde la fecha en que se dictó la decisión anulada.

SEXTO.- Como último motivo de recurso se mantiene la existencia de desviación procesal, al entender que al reponer al apelado en el puesto se está revisando el nombramiento posterior efectuado para ese puesto.

Dicho motivo tampoco puede prosperar. La sentencia se limita a enjuiciar el acto impugnado, cuya revisión se insta por la parte actora, sin efectuar pronunciamiento alguno respecto de otras actuaciones administrativas, sin perjuicio de que como es evidente, la anulación de determinados actos administrativos pueda incidir en actos dictados con posterioridad al enjuiciado y que es anulado.

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas al recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE SEVILLA contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 5 de Sevilla; con imposición de las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.