

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA LUCHA CONTRA LA ARBITRARIEDAD GUBERNATIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: EL CASO «PÉREZ DE LOS COBOS»

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Universidad de Alcalá

Cómo citar/Citation

Sánchez Morón, M. (2024).
La lucha contra la arbitrariedad gubernativa en la función pública:
el caso «Pérez de los Cobos».
Revista de Administración Pública, 223, 169-180.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.223.06>

Resumen

El control de la discrecionalidad de los poderes públicos tiene especial aplicación en el caso de la carrera profesional de los funcionarios públicos, ya que, salvo excepción contemplada en las leyes, debe basarse en los principios de mérito y capacidad y no en criterios de confianza o desconfianza política. Las sentencias del Tribunal Supremo que aquí se comentan ofrecen un ejemplo relevante del control judicial de decisiones gubernativas en esta materia.

Palabras clave

Ejercicio arbitrario de la discrecionalidad; control judicial; carrera profesional de los funcionarios públicos.

Abstract

The control of discretionary powers has special application when it has to do with the professional career of public officials, because it must be based on the merit system and not on political trust, except as established by law. The Spanish Supreme Court rulings illustrated below are a very good example of judicial review of discretion in the matter.

Keywords

Abuse of discretionary powers; judicial review; professional career of public officials.

SUMARIO

I. PRELUDIO. II. ACTO PRIMERO: EL CESE ILEGAL EN PUESTO DE LIBRE DESIGNACIÓN. III. ACTO SEGUNDO: LA RESOLUCIÓN ILEGAL DE LA PROMOCIÓN A GENERAL DE BRIGADA DE LA GUARDIA CIVIL. IV. DESENLAZADO O PUNTO Y SEGUIDO.

I. PRELUDIO

Todos sabemos que el régimen jurídico de la función pública se basa en los principios constitucionales de mérito y capacidad y de imparcialidad en el ejercicio de las funciones asignadas a los funcionarios (art. 103.3 CE). Y para ello la legislación vigente establece un conjunto de garantías, aún imperfectas, que afectan no solo al acceso a la función pública, sino también a la carrera de los servidores públicos y a la provisión de destinos. El art. 1.3 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) dispone, en efecto, que dicho estatuto tiene su fundamento en los principios de igualdad, mérito y capacidad, no solo en el acceso a la función pública, sino también en la «promoción profesional» (letra *b*), así como en la «objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio» (letra *e*). De ahí que se sancione el derecho de los funcionarios públicos a la carrera o promoción profesional, basada en esos mismos principios (art. 16.1 y 2 TREBEP) y que la provisión de puestos de trabajo se base igualmente en ellos, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice al respecto, ya sea el de concurso, el de libre designación u otros (art. 78.1 TREBEP).

Estos mismos principios se reiteran en las leyes que regulan los estatutos particulares de algunos grupos de funcionarios o empleados públicos, aparte de que el TREBEP tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación (art. 2.5). Es el caso, por lo que aquí interesa, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuya ley general reguladora (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo) garantiza esos mismos principios en lo que se refiere a la promoción profesional y a la provisión de puestos de servicio, de acuerdo con las leyes que la desarrollan y la reglamentación aplicable en cada caso (art. 6.1 y 6).

Pero también sabemos con qué facilidad esos principios pueden ser desvirtuados en la práctica, cuando se interponen criterios de confianza (o de desconfianza) política, lo que no es precisamente insólito en el ámbito de nuestra función pública, sobre todo si se trata de las decisiones gubernativas que atañen a la promoción y carrera de los funcionarios superiores. Las propias leyes atribuyen a las autoridades competentes un margen de discrecionalidad para adoptar algunas de esas decisiones, seguramente en mayor medida de lo que parece razonable y de lo que se establece en la legislación de otros países de nuestro entorno. No obstante, el ejercicio de tales potestades discrecionales, como el de cualquier otro, está sometido a límites jurídicos que excluyen su ejercicio arbitrario, así como al control de los tribunales en caso de conflicto. Por desgracia, los conflictos que en este tipo de asuntos se plantean ante los tribunales no son infrecuentes. A través de ellos, sin embargo, el Tribunal Supremo viene fijando desde hace tiempo una doctrina de gran interés sobre el control de la discrecionalidad, que apuntala en materia tan sensible los pilares del Estado de derecho.

Un caso paradigmático, tanto por su relevancia objetiva y por el interés mediático que ha despertado como por el contenido de las resoluciones judiciales que lo afrontan, es el que se refiere a las decisiones del Gobierno sobre el destino y la promoción profesional del coronel de la Guardia Civil don Diego Pérez de los Cobos. Son esas decisiones judiciales las que me propongo comentar ahora, deduciendo las oportunas conclusiones para la evolución del régimen de nuestra función pública.

II. ACTO PRIMERO: EL CESE ILEGAL EN PUESTO DE LIBRE DESIGNACIÓN

La peripecia judicial en cuestión comienza cuando el coronel Pérez de los Cobos es cesado en el puesto de coronel jefe de la Comandancia de Madrid por Resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 24 de mayo de 2020, confirmada en alzada por otra del Ministro del Interior de 28 de julio de 2020. Hasta entonces desempeñaba ese puesto en virtud de nombramiento por el procedimiento de libre designación, conforme al art. 77.2 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de régimen de personal de la Guardia Civil. Ese tipo de nombramientos se funda, según la citada ley, en las «condiciones profesionales y personales de idoneidad, que apreciará discrecionalmente la autoridad facultada para concederlos». En virtud del art. 83.1 de la misma ley, «los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por las autoridades competentes para su asignación», precisando el art. 83.3 que «los jefes de unidad, centro u organismo podrán proponer el cese en el destino de cualquier subordinado por falta de idoneidad en el desempeño de los cometidos propios de su destino, elevando por conducto reglamentario a la autoridad que lo confirió, informe razonado de las causas que motivan la propuesta de cese».

Como se deduce del texto de las sentencias que se ocuparon del caso, el cese se produjo «por pérdida de confianza», justificándose en que el afectado no había informado «del desarrollo de investigaciones y actuaciones de la Guardia Civil en el marco operativo y de Policía Judicial con fin de conocimiento». Las investigaciones de que se trata fueron ordenadas por un Juzgado de Instrucción (núm. 51 de Madrid) a la Unidad Operativa de la Guardia Civil (UOPJ) con ocasión de las «autorizaciones de actos multitudinarios en las fechas previas a la declaración del estado de alarma a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19», siendo investigados por esta causa el delegado del Gobierno en Madrid y otras personas. La situación evoca las manifestaciones feministas que tuvieron lugar con ocasión del «Día de la Mujer Trabajadora» en marzo de 2020, pocos días antes de que se declarara el estado de alarma y se impusiera el confinamiento estricto, alguna de las cuales fue encabezada por miembros del Gobierno y altos cargos. La magistrada instructora, según fue probado en juicio, ordenó a la UOPJ que debía guardar reserva sobre tales investigaciones. No obstante, las diligencias judiciales se filtraron a la prensa, mientras que el responsable de la Guardia Civil, en funciones de Policía Judicial, se negó a informar de ello al Ministerio del Interior, tal como se lo requirió, en razón de la orden de reserva impuesta por la magistrada competente. Fue la negativa a informar al Ministerio lo que motivó formalmente el cese del Coronel López de los Cobos. Más tarde, al resolver el recurso de alzada interpuesto contra ese cese, el ministro del Interior precisó que, con aquel requerimiento de información no se pedía a la UOPJ que faltara al deber de reserva, pero que «hubo filtraciones y se le pidió que informase de incidencias relevantes en torno a las investigaciones filtradas».

En primera instancia, las resoluciones del secretario de Estado y del ministro que ordenaron el cese fueron declaradas ilegales y anuladas por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8, mediante sentencia de 31 de marzo de 2021, que se fundó en los límites a la discrecionalidad establecidos por la jurisprudencia en el caso de cese de puestos de libre designación en la función pública, que después mencionaremos¹. El Ministerio del Interior recurrió en apelación y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 5.ª, estimó su recurso por sentencia de 15 de septiembre de 2021, considerando en sustancia que la doctrina establecida sobre esos límites a la discrecionalidad de cese, elaborada en aplicación de las normas del Estatuto Básico del Empleado Público, no son de aplicación en el ámbito de la Guardia Civil, dado que esta se rige por un estatuto de personal propio, basado en parte en otros principios y reglas, aparte de que los actos recurridos contaban con una motivación adecuada.

La sentencia de la Audiencia Nacional fue impugnada en casación por el interesado, admitiéndose a trámite el recurso para determinar, como cuestión

¹ Sobre tales límites jurisprudenciales, M. Sánchez Morón (2020), «“Libre designación” y “libre cese” en la función pública. Los límites de la discrecionalidad», *Revista de Administración Pública*, 211, págs. 13-35.

de interés casacional, cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación, y si la doctrina jurisprudencial establecida a tal efecto es extensible al ámbito de la Guardia Civil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sección 4.^a de su Sala Tercera de 29 de marzo de 2023 (rec. 8411/2021, presidente: J. L. Requero Ibáñez), estimó el recurso de casación. Parte para ello de recordar la doctrina que emana de la STS 1198/2019, de 29 de septiembre (rec. 2740/2017), sobre las exigencias de motivación de la resolución de cese de un funcionario en un puesto de libre designación, doctrina confirmada por otras sentencias posteriores (SSTS de 15 de noviembre de 2019, rec. 42/2018; 9 de junio de 2020, rec. 1195/2018; 2 de julio de 2020, rec. 2053/2018; 20 de abril de 2021, rec. 7137/2018; y 21 de mayo de 2021, rec. 2453/2018). Esa doctrina es aplicable al cese en puestos de libre designación en el ámbito de la Guardia Civil, de conformidad con la STS de 27 de septiembre de 2022 (rec. 6650/2020), ya que no pugna con lo dispuesto en el art. 83.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del régimen de personal de la Guardia Civil. Antes bien, el contenido de dicho precepto, según el cual el nombramiento para un cargo de libre designación puede ser «revocado libremente», coincide con el del art. 80.4 del TREBEP, que establece que quien es libremente designado puede ser cesado «discrecionalmente». Pero ello exige una motivación clara, suficiente, comprensible y específica al caso de las razones del cese. Dicha motivación no puede basarse en la confianza (o desconfianza) puramente personal, como en el caso de los nombramientos o ceses del personal eventual, ya que en el caso de los puestos de libre designación lo que debe tenerse en cuenta es un juicio de idoneidad, que justifica la confianza en el buen desempeño del puesto. Tampoco basta una motivación puramente formal del cese, mediante fórmulas vagas o rituarías, sino que el juicio de inidoneidad sobrevenida debe fundarse en razones precisas. Y, si bien en ese juicio puede haber un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir, eso no quita para que pueda revisarse en la vía judicial si son ciertos los hechos en que se fundamenta la pérdida sobrevenida de idoneidad.

La sentencia de la Audiencia Nacional apelada, aparte de declarar la jurisprudencia mencionada que no es aplicable a la Guardia Civil (pues la STS de 27 de septiembre de 2002 es posterior a ella), renuncia al control judicial de los hechos determinantes del cese. Por eso el Tribunal Supremo casa la sentencia apelada y resuelve la controversia ya como tribunal de apelación. A tal efecto, aunque rechaza la alegación de desviación de poder, que debe probar quien la invoque, considera que los hechos en que se basó la resolución de cese son distintos a los probados en la primera instancia. Al actuar como Policía Judicial, la UOPJ de la Guardia Civil estaba a las órdenes de la magistrada que dirigía la instrucción, sin que sea admisible ninguna injerencia gubernativa en ella. Y si la magistrada había ordenado absoluta reserva y que solo se le informase a ella, no se puede basar el cese en que el afectado no informó al Ministerio del desarrollo de esas investiga-

ciones y actuaciones «con fines de conocimiento». Según el Tribunal Supremo, esa razón es confusa, contraria a las funciones de la Policía Judicial y ajena a una inidoneidad sobrevenida para el cargo. En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia, que declaró la ilegalidad del cese, en todos sus extremos.

A consecuencia de lo anterior, el coronel López de los Cobos fue reintegrado en el puesto de jefe de la Comandancia de Madrid algunos meses después, según informaciones de prensa.

III. ACTO SEGUNDO: LA RESOLUCIÓN ILEGAL DE LA PROMOCIÓN A GENERAL DE BRIGADA DE LA GUARDIA CIVIL

Pero no acabó ahí esta historia, como se deduce de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023, Sala Tercera, Sección 4ª, dictadas en los recursos 443, 444 y 445/2021 (presidentes: L. M.ª Díez-Picazo, A.J. Fonseca-Herrero y J. L. Requero Ibáñez, respectivamente), cuya fundamentación jurídica es idéntica. Estas sentencias resuelven sobre la impugnación por el mismo interesado de los RRDD 925, 926 y 927/2021, de 19 de octubre, por los que se promueven al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil a tres coroneles distintos del demandante.

La cuestión que aquí se plantea no es de provisión de destinos, sino de promoción profesional o ascenso de grado o categoría, que es lo que en la legislación militar se denomina «empleo». Dicha cuestión se regula en la Ley 29/2014, del régimen de personal de la Guardia Civil, antes citada (arts. 62 y siguientes), en el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal de la Guardia Civil, aprobado por RD 512/2017, de 22 de mayo, y por la Orden PCI/346/2019, de 25 de marzo. En el caso de los ascensos a general de brigada se sigue el procedimiento llamado de «elección», que, como refieren las sentencias que comentamos y se deduce del art. 63.5 de la mencionada Ley 29/2014, se basa en la idea de «aptitud», pues el ascenso debe concederse «a los más capacitados e idóneos». Para ascender es requisito previo superar un curso de capacitación, previa evaluación para participar en el mismo. Con posterioridad tiene lugar la específica «evaluación para el ascenso».

A tal efecto, el director general de la Guardia Civil debe fijar las «zonas del escalafón» cuyos integrantes van a ser evaluados durante cada ciclo de ascenso, que normalmente es de un año (art. 67.1 de la Ley 29/2014 y concordantes del Reglamento de evaluaciones y ascensos). La evaluación corresponde realizarla al Consejo Superior de la Guardia Civil y tiene por fin «determinar la aptitud o no aptitud para el [ascenso] y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, basadas en el mérito y la capacidad» (art. 66.1 de la Ley 29/2014). Conforme al art. 24 de la Orden PCI/346/2019, de 25 de marzo, el Consejo Superior de la Guardia Civil elabora al efecto un «estudio de detalle», del que se derivan las puntuaciones definitivas de cada evaluado y la clasificación final, que tiene un

valor orientativo, aunque no vinculante. Sobre esta base, el director general de la Guardia Civil «añadirá su propio informe» (art. 67.2 de la Ley 29/2014), elevando al ministro de Defensa su propuesta con la ordenación definitiva. Finalmente, el ministro de Defensa, oído el ministro del Interior, aprueba esa ordenación definitiva remitida por el director general de la Guardia Civil, valorando las evaluaciones referidas y teniendo en cuenta «la idoneidad para ocupar los puestos vacantes a los que deban acceder los ascendidos», y formula la propuesta de ascensos al Consejo de Ministros.

Para la elaboración del «estudio de detalle» a que se refiere el citado art. 24 de la Orden PCI/346/2019, de 25 de marzo, el Consejo Superior de la Guardia Civil aprobó en julio de 2020 un denominado «Procedimiento para la actuación del Consejo Superior en la Evaluación de Ascensos a General del Brigada». Este procedimiento introduce un cambio, pues antes la clasificación de todos los coroneles evaluados se efectuaba según el resultado de la evaluación, sin distinción de promociones, pero tras él se ordena a los coroneles de la promoción que está ascendiendo, después a los de la siguiente promoción y en tercer lugar a todos los demás. En la demanda se destaca que este cambio de procedimiento tuvo lugar unos días después del cese del coronel Pérez de los Cobos en su puesto de jefe de la Comandancia de Madrid, que a la postre sería anulado, como ya se ha visto.

El coronel recurrente, miembro de la 42ª promoción, había participado ya en la evaluación del ciclo 2020/2021, en que fue clasificado con el núm. 0 (mayor prelación). Pero al aplicarse el Procedimiento aprobado por el Consejo en julio de 2020, quedó clasificado con el núm. 1, siendo así que los tres primeros en el orden de puntuación que se elevó a la directora general de la Guardia Civil fueron tres coroneles de la 41ª promoción, que habían sido clasificados con los núms. 2, 3 y 4. En el ciclo de ascenso 2021/2022, que es al que se refiere la impugnación, el Coronel demandante fue clasificado con el núm. 2, sin que figure en el acta del Consejo Superior de la Guardia Civil (de 23 de junio de 2021) una ordenación final de los evaluados. Sin embargo, se acabó nombrando general de brigada a quienes figuraban como núms. 0, 5 y 6 de la evaluación, sin que fuera aplicado en esta ocasión por el Consejo Superior el criterio de prelación según promociones, que en ese año hubiera beneficiado al recurrente.

Además de ello, en la demanda se alegó que no existió un «informe propio» de la directora general de la Guardia Civil en este caso, pues en el momento de interponerse los recursos no figuraba tal informe en el expediente. De hecho, la demanda se fundaba en la ausencia de tal informe, como trámite esencial del procedimiento, alegando la infracción del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015 (LPA-CAP). Más aún, se alegaba que la directora general incurrió por ello en desviación de poder, ya que «hurtó su propio informe» a los ministros de Defensa e Interior. De hecho, se reclamó en el momento procesal oportuno, antes de presentar la demanda, que se completara el expediente remitido a la Sala con ese informe, cosa que no se hizo. Pero, «sorpresivamente», como lo califica el Tribunal Supremo, el abogado del Estado aportó tal informe, sin fecha de salida,

al contestar la demanda, lo que el Tribunal Supremo tacha (benévolamente, diría yo) de «deslealtad procesal». En cualquier caso, el informe de la directora general, tardíamente aportado, se limita a exponer que «...cumpliendo lo dispuesto en el art. 67 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, eleva a V.E. el resultado de la evaluación realizada por el Consejo Superior, informando que, a los efectos del art. 73 de dicha Ley, se tendrá en cuenta la idoneidad de los cargos o puestos vacantes a ocupar para los ascensos al empleo de general de brigada».

En fin, de la prueba practicada en el proceso se desprende que no siempre los coroneles que figuran en primer lugar en el orden de evaluación final ascienden al empleo de general en el ciclo correspondiente, aunque sí ascienden en un ciclo posterior o lo hacen tras quedar con el núm. 2 en el ciclo en que ascienden. Es decir, como subrayó la Abogacía del Estado, el ascenso no es automático ni el Consejo de Ministros está vinculado por la evaluación que realiza el Consejo Superior de la Guardia Civil.

A la vista de estos antecedentes de hecho y de la legislación aplicable, el Tribunal Supremo resuelve los recursos. A la vista de los mismos y de lo que considera «un hecho notorio», que no duda de mencionar y valorar adecuadamente en las sentencias, cual es que el demandante había sido cesado en 2020 como jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, cese que fue anulado por la sentencia de la misma Sala de 29 de marzo de 2023, como se ha dicho.

Por lo demás, el recurrente no solicitaba expresamente en sus demandas que se declarase la improcedencia sustantiva del ascenso impugnado de los otros coroneles, ni pretendía revisar las evaluaciones realizadas por el Consejo Superior de la Guardia Civil, que le beneficiaban, ni cuestionaba la discrecionalidad del Consejo de Ministros para decidir los ascensos, aunque entendía que deben basarse en un criterio de idoneidad. Lo que planteaba era más bien un defecto procedimental, consistente en la ausencia del «informe propio» de la directora general de la Guardia Civil, exigido por el art. 67.2 de la Ley 29/2014. De lo que deducía la existencia de arbitrariedad y desviación de poder, solicitando la anulación de los ascensos acordados y la retroacción del expediente al momento previo a la emisión de dicho informe. Ahora bien, tal informe se aportó al proceso, aunque fuera tardíamente y sin fecha de salida. No obstante, el Tribunal Supremo considera sutilmente que no basta con la «aparición» (la expresión es nuestra) del referido informe para resolver el caso, y que lo que el demandante cuestionaba en realidad no es solo la inexistencia del informe, sino también su contenido.

Entrando en el fondo del asunto, las sentencias declaran que la potestad que ejerce el Consejo de Ministros al decidir sobre estos ascensos es discrecional y no queda enervada por el orden de evaluación que fije en cada ciclo el Consejo Superior de la Guardia Civil ni por un supuesto uso o práctica en el régimen de ascensos, que supondría aceptar dicho orden de preferencia.

Tampoco advierte el Tribunal Supremo, pese a todo lo expuesto, desviación de poder en la actuación de la directora general de la Guardia Civil, pues se dice

que «ejercitó su potestad para el fin previsto en la norma que le apoderaba para hacerlo». Con lo que se adopta, una vez más, una interpretación rigurosamente formal del vicio de desviación de poder, que explica la escasísima aplicación efectiva que tiene a efectos de control de las potestades discrecionales. Pero sobre ello no es el momento de abundar. La cuestión es, según el Tribunal Supremo, si la directora general cumplió la normativa aplicable sobre el régimen de ascensos, «lo que incidirá —se dice— en la imputación de arbitrariedad que hace el demandante».

En tal sentido, entiende la Sala que el ascenso a general de brigada no se identifica con la provisión de cargos de estricta confianza, pues de lo que se trata es de proveer mediante el ascenso puestos que ciertamente son de responsabilidad, pero se insertan en el desarrollo profesional de los oficiales de la Guardia Civil. La «confianza» se relaciona en estos casos con «un juicio de idoneidad profesional». A tal efecto, la evaluación y clasificación realizada por el Consejo Superior de la Guardia Civil no es determinante, pero el director o directora general de la Guardia Civil debe necesariamente hacer una valoración propia, que tenga en cuenta el resultado de las evaluaciones del Consejo como de los demás elementos necesarios, no en función de su «libérrima decisión», sino de la idoneidad para ocupar los cargos vacantes en que se materialice el ascenso, tal como establece el art. 73.1 de la Ley 29/2014, del régimen de personal de la Guardia Civil.

Ahora bien, el documento aportado tardíamente y sin sello de salida que «se presenta» (sic) como informe de la directora general de la Guardia Civil, se limita a decir —volvemos a repetir— que:

[...] cumpliendo lo dispuesto en el art. 67 de la Ley 29/2014, de 29 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, eleva a V.E. la evaluación realizada por el Consejo Superior informando que, a los efectos del art. 73 de dicha Ley, se tendrá en cuenta la idoneidad de los cargos o puestos vacantes a ocupar para el ascenso a los empleos de general de brigada.

Para el Tribunal Supremo este documento simplemente parafrasea lo dispuesto en el art. 67.2 de la Ley 29/2014 y no puede ser considerado como el «propio informe» de la directora general exigido por la propia ley. Es más, si se hubiera considerado la existencia de una idoneidad diferente a la que resultaba del proceso de evaluación del Consejo Superior o de los puestos a los que iban a acceder los ascendidos, se debería haber identificado y justificado en ese informe.

Por si fuera poco, el demandante gozaba de un puesto preferente en la clasificación para el ascenso y el orden resultante de la evaluación final vino determinado porque no se aplicó el procedimiento que el propio Consejo Superior de la Guardia Civil había fijado el año anterior, procedimiento que hubiera beneficiado al recurrente, mientras que sí se aplicó cuando le perjudicaba. Ciertamente que ese procedimiento es un «mecanismo» de actuación interna del Consejo y no una norma de obligado cumplimiento, como objetó la Abogacía del Estado. Pero si «el propio órgano evaluador se autorregula para dotar de seguridad jurídica a sus decisiones, [...] el efecto de su inobservancia debe ser

el mismo». En cualquier caso, la directora general de la Guardia Civil no podía sin más trasladar a la ministra de Defensa el resultado de la evaluación sin pronunciarse sobre el procedimiento de evaluación aplicado y sobre el cambio de criterio, de un año a otro, sin que exista un acuerdo justificativo y convincente al respecto. A mayor abundamiento, tras la «intervención» (sic) de la directora general «no constan las razones de la propuesta de la ministra de Defensa sobre la idoneidad del coronel ascendido para la vacante que determina el ascenso».

De todo este razonamiento, ya de por sí concluyente, pero también del cese ilegal del demandante como jefe de la Comandancia de Madrid, que, según el Tribunal Supremo tiene «una relevancia obvia» en los dos ciclos de ascenso a general de brigada de 2020/2021 y 2021/2022, y sobre el pleito a resolver, de manera «que lo singulariza y cualifica», deduce el Tribunal Supremo que «las irregularidades cometidas son más que meras infracciones formales o procedimentales» y que hubiera sido preciso «disipar cualquier atisbo de arbitrariedad».

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima los recursos y ordena la retroacción del procedimiento para que el director de la Guardia Civil emita su «propio informe» en el que valore la evaluación realizada por el Consejo Superior de la Guardia Civil, sobre la idoneidad de quienes vayan a ascender, el orden de prelación y el procedimiento seguido» y para que el Ministerio de Defensa, oído el del Interior, haga una propuesta en la que valore la prelación e idoneidad de los evaluados y, en especial, del demandante.

IV. DESENLACE O PUNTO Y SEGUIDO

Lo que refieren las tres sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023 que acabamos de comentar es un caso manifiesto de arbitrariedad gubernativa. Dicho sea, como es natural, en los términos jurídicos a que se ciñe este análisis.

Las sentencias, por lo demás, abordan el asunto con tanto rigor como prudencia, sin desbordar los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa ni el principio de congruencia. Este último obligaba, sin duda, a circunscribir el contenido del fallo a los términos en que se expresa, ya que el demandante solo solicitó la anulación de los ascensos y la retroacción de las actuaciones, pero no que se declarase sin más su derecho al ascenso en lugar de o con preferencia sobre los coroneles ascendidos.

No sabemos si, de ser otro el planteamiento de la demanda, el Tribunal Supremo hubiera podido ir y hubiera ido más allá. Para ello cuando menos deberían existir en las actuaciones elementos de juicio necesarios y suficientes de los que se dedujera la mayor idoneidad del demandante para el desempeño de los cargos vacantes de general de brigada, sin lugar a dudas. Solo en esas circunstancias habría sido legítimo que el Tribunal Supremo reconociera el derecho subjetivo del interesado al ascenso, en sustitución de la decisión adoptada por el Consejo

de Ministros. No sería ese un fallo insólito, pues ya en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha confirmado una resolución judicial por la que, declarada la ilegalidad de un nombramiento por libre designación, se ordenaba adjudicar el puesto al recurrente². Y en este caso el procedimiento es de ascenso, no de provisión de puesto por libre designación, pero los principios y requisitos exigidos por la jurisprudencia son similares. Ahora bien, si los clasificados para el ascenso son varios coroneles, resulta difícil admitir en derecho que un órgano judicial pueda sustituir por entero el juicio de idoneidad que corresponde a las autoridades gubernativas.

Por el contrario, en virtud de las sentencias de 25 de septiembre de 2023, el director o directora general de la Guardia Civil deberá elaborar su «propio informe» y en él explicar de manera precisa y suficiente, sobre la base de hechos que pudieran ser contrastados, los criterios de idoneidad que se tienen en cuenta para la propuesta de ascenso, así como cuáles son las razones objetivas por las que el Consejo Superior de la Guardia Civil varió en el ciclo 2021/2022, el criterio de ordenación de los evaluados, por promociones, que había adoptado el año anterior. Tampoco esa justificación parece fácil.

Hasta aquí el análisis jurídico del asunto, sobre la base de las resoluciones judiciales recaídas. Pues quien esto escribe no tiene información sobre la ejecución de las mencionadas sentencias ni sobre otros eventuales conflictos entre las partes, quizá derivados de ciclos de evaluación posteriores para el ascenso a general de brigada de la Guardia Civil.

Lo que se quiere subrayar, en todo caso, es la función esencial que corresponde y que deben jugar los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en este tipo de asuntos, para eliminar eso que las propias sentencias comentadas denominan «cualquier atisbo de arbitrariedad». No está en juego solamente en ello la garantía de los derechos profesionales de los funcionarios públicos, lo que de por sí es ya importante. También se trata de preservar los principios constitucionales de mérito y capacidad en el régimen de la función pública, que a su vez es garantía del funcionamiento objetivo de la Administración pública que impone el art. 103.1 CE y del ejercicio imparcial de las tareas administrativas, sin injerencias ni discriminaciones por motivos políticos. También esto último es un requisito necesario del correcto funcionamiento de un Estado de derecho.

² Véase, por ejemplo, la STS de 19 de octubre de 2009, dictada por la Sección 7.ª de la Sala Tercera, en el recurso 58/2007. Bien es cierto que en el caso enjuiciado solo había dos candidatos al puesto y que se había apreciado desviación de poder en la designación impugnada, por lo que pudo entenderse que la única solución válida en derecho era adjudicar el puesto al candidato postergado y recurrente.