



Roj: **SAN 1836/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1836**

Id Cendoj: **28079230052022100180**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **27/04/2022**

Nº de Recurso: **27/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ALICIA SANCHEZ CORDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0000027 /2021

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00066/2021

Apelante: D^a Magdalena

Apelado: MINISTERIO DEL INTERIOR

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D^a. MARGARITA PAZOS PITA

D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil veintidós.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso de apelación 27/2021 interpuesto por D^a. **Magdalena**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Raquel Gómez Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Pablo Suárez Timón, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2020, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 3 en el procedimiento abreviado número 60/2020.

Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Es ponente la Ilma. Sra. **D^a. Alicia Sánchez Cordero**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la resolución del Ministro del Interior por la que se desestima el recurso de alzada presentado contra la resolución del Director General de la Guardia



Civil, de 24 de enero de 2019 que acuerda el cese en el destino de la Guardia Civil D^a. Magdalena, en el Grupo de Información de Bizkaia (Bizkaia), al haber quedado acreditada la existencia de causas objetivas que justifican la pérdida de confianza de sus mandos, quedando encuadrada administrativamente en la Comandancia de su residencia, pendiente de asignación de destino.

Turnado el recurso jurisdiccional al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 4 se admitió a trámite, siguiéndose las normas del procedimiento abreviado y terminando por sentencia de 3 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «**FALLO:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Raquel Gómez Sánchez en nombre y representación de D^a Magdalena contra la resolución del Ministro del Interior por la que se desestimó el recurso de alzada contra la resolución de 24 de enero de 2019 del Director General de la Guardia Civil por la que se acordó el cese en el destino de libre designación ocupado por la guardia civil recurrente, declaro que dicha resolución es conforme a derecho, confirmándola y absuelvo a la Administración demandada de todos los pedimentos de la demanda. Con expresa condena en costas a la recurrente.»

Notificada dicha sentencia a las partes, por el demandante se ha interpuesto recurso de apelación, al que se ha opuesto la Administración demandada.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnadas a esta Sección, por auto de 25 de marzo de 2021 se acordó la admisión de la prueba testifical solicitado y no practicada en la instancia, con el resultado que obra en autos. Se señaló para votación y fallo del recurso de apelación el 26 de abril de 2022, en el que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se dirige contra la sentencia de 3 de diciembre de 2020, del Juzgado Central número 3, que ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 6 de noviembre de 2019, del Ministro del Interior, por la que se acuerda convalidar la resolución del Director General de la Guardia Civil de 24 de enero de 2019, que acuerda el cese en el destino de la Guardia Civil de D^a. Magdalena, en el Grupo de Información de Bizkaia, conforme al artículo 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones al haber sido asignado el destino de libre designación en que cesa por dicho Director General, pero por delegación del Ministro. En cuanto al fondo desestima el recurso de alzada interpuesto conforme a los artículos 83.1 de la Ley 29/2014 y artículo 62.1 del Reglamento de destinos, sin que sea necesaria mayor fundamentación fáctica o legal para que pueda producirse la revocación recurrida.

La sentencia, tras confirmar la competencia del Ministro del Interior para resolver el recurso de alzada, rechaza la falta de motivación porque «*la recurrente ha tenido la posibilidad de conocer las razones que dieron lugar a la resolución por remisión al informe*» (fundamento de derecho segundo). También rechaza la indefensión alegada por la actora por no haber conocido el informe emitido por el Coronel Jefe de la Comandancia de Vizcaya «*ya que la actora pudo defenderse y alegar cuanto estimó conducente a su derecho*» y en cuanto a la práctica de las pruebas «*por cuanto no existe un derecho abstracto y absoluto a la práctica de los medios de prueba propuestos, sino sólo de aquellos que siendo pertinentes se refieran a hechos que hayan de ser probados y no ha de serlo pues se trata de un destino de libre designación en el que podía ser cesada la actora libremente*» (fundamento de derecho tercero) con apoyo en una sentencia de esta Sección Quinta de 3 de marzo de 2010, que reproduce. Finalmente razona que «*la prueba propuesta era ociosa e inútil en este caso, y no se lesionó derecho fundamental alguno de la recurrente. Lo mismo ocurre con la falta de proporcionalidad alegada pues se trata de una pérdida de confianza que no admite gradación respecto al cese en un nombramiento discrecional*».

SEGUNDO.- En el recurso de apelación se alega que considera que los hechos alegados para fundamentar la pérdida de destino de la demandante son "falsos o inexactos", no existiendo otro medio de prueba idóneo para acreditarlo que la testifical de aquellos que intervinieron en el proceso de evacuar el informe que sustentaba la resolución recurrida. Aunque se había admitido por auto de 11 de noviembre de 2020 la prueba testifical de tres de los testigos propuestos, en el acto de la vista se negó la práctica de la prueba testifical, por lo que, en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución debe practicarse la prueba testifical solicitada en su día.

Discute la competencia pues entiende que el destino fue asignado por competencia propia del Director General por lo que la alzada debió resolverse por el Secretario de Estado de Seguridad, sin que pueda delegarse una competencia de manera tácita y, por tanto, tampoco puede avocarse de una manera tácita, puesto que la competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos que la tienen asignada, invocando los artículos 8 y 10 de la Ley 40/2015), y la STS, secc. 3^a, de 19 de diciembre de 2008.



Alega también que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre si ha existido o no la citada avocación o si ésta se ha realizado ajustándose al procedimiento establecido, por lo que esta parte entiende respetuosamente que se ha materializado una incongruencia omisiva.

Frente a ello, el Abogado del Estado opone que, independientemente de que lo correcto desde el punto de vista procesal hubiese sido formular recurso de reposición, y ulterior protesta, en el mismo acto del juicio, es sobradamente conocido el criterio jurisprudencial que recuerda que el derecho a la prueba no alcanza a que se admitan y practiquen cualesquiera medios probatorios tengan a bien proponer las partes. La decisión acordada en juicio resulta escrupulosamente respetuosa con las reglas contenidas en el artículo 78 LJCA, habida cuenta del carácter jurídico de los hechos discutidos, por lo que el recurso de apelación debe ser desestimado.

TERCERO.- Co mo ha declarado esta Sección en sentencias precedentes (entre otras, sentencias de 10 de diciembre de 2008 - apelación 120/2008-, de 11 de febrero - apelación 174/2008- y de 27 de mayo - recurso de apelación 75/2009- de 2009 o en las más recientes de 23 de febrero de 2020 - apelación 164/2019- y de 10 de marzo de 2021 - apelación 103/2020-), constituye jurisprudencia reiterada (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999) la que proclama que los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia.

El recurso de apelación es un juicio de revisión de la sentencia en el que se ha de aportar una perspectiva crítica de la misma (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 13 octubre 1998, (recurso 11056/1991), Sección 6ª, Sentencia de 5 junio 1997, (recurso 10873/1991), entre otras, ya por defectos de forma, ya por error en la valoración de la prueba o en la aplicación de las normas jurídicas o de la jurisprudencia.

Como razona la STS de 15 de julio de 2009, dictada en el recurso de apelación 1308/1998: « ..., toda vez que, si bien el recurso de apelación traslada al Tribunal ad quem el total conocimiento del litigio, no está concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia ante un Tribunal de distinta jerarquía, sino como una revisión de la sentencia apelada tendente a depurar la resolución recaída en aquél, y, de ahí, la necesidad de motivar la pretensión de que la sentencia apelada sea sustituida por otra diferente, pues, aunque ante el Tribunal ad quem siga combatiéndose el mismo acto que se impugnaba ante el Tribunal a quo, lo que se recurre en apelación son, ciertamente, los pronunciamientos de éste último, y, por ello, y en consecuencia, el ignorar tales pronunciamientos y eludir todo análisis crítico en torno a los mismos debería conducir a la desestimación del recurso de apelación.»

Ello supone que la apelación, como segunda instancia, está llamada a reexaminar la cuestión litigiosa, no como mera repetición de los argumentos expuestos en la primera instancia, sino en base a la crítica que la parte disconforme con la decisión del Juez a quo, efectúa a la sentencia apelada, bien en la apreciación de los hechos, bien en la aplicación del derecho. Como ha declarado esta Sección con anterioridad (entre otras, sentencias de 10 de diciembre de 2008 - recurso de apelación número 120/2008-, de 11 de febrero - recurso de apelación 174/2008- o de 27 de mayo - recurso de apelación 75/2009- de 2009), constituye jurisprudencia reiterada (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1999) la que proclama que los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia.

Por tanto, el recurso de apelación no es un mecanismo útil ni válido para atacar directamente la actuación administrativa impugnada en la primera instancia, ni para remitirse a lo alegado en demanda, planteando el debate como si no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso.

La apelación que ahora resolvemos, como comprobaremos de inmediato, insiste en las mismas razones sobre las que planteó la demanda, no suscitando nuevas razones frente a la sentencia que supongan una crítica a la misma, sino insistiendo en su posición inicial.

CUARTO.- En todo caso, en aras de dotar de la máxima efectividad el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, pasamos a exponer las alegaciones de la apelación que únicamente invoca cuestiones formales, sin ninguna discusión respecto al fondo de lo resuelto en sentencia.

En primer lugar, conforme al artículo 85.3 de la LJCA se admitió en esta instancia la prueba testifical propuesta, así como el interrogatorio de preguntas presentado, habiendo practicado la prueba de dos de los testigos renunciando la parte al tercer testigo.

En cualquier caso, la finalidad de dicha prueba era acreditar la información falsa e inexacta de la motivación del cese, razón o razones del cese que no son enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación por el órgano competente.



Así se expone en la última jurisprudencia acogida en las sentencias de esta Sección sobre ceses en puesto de libre designación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2020 (casación 1195/2018 y 19 de septiembre de 2019 (casación 2740/2017), seguidas por las sentencias de 12 de abril (casación 6840/2018), 20 de abril (casación 7137/2018) y 24 de mayo (casación 2453/2018), todas de 2021) indican que, además de que el acto del cese debe ajustarse a exigencias formales, que lo acuerde el órgano competente y la motivación si bien con la debida modulación, la motivación debe alcanzar a expresar la razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren, o si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese, sin que sirvan para ello expresiones opacas, estandarizadas o ajenas a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron al nombramiento; ahora bien, la razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación.

En cuanto a la competencia para acordar el cese, consta en el expediente administrativo que el destino de la apelante fue asignado por resolución de 7 de febrero de 2011 (Boletín Oficial de la Guardia Civil de 1 de marzo de 2011), dictada por el Director General de la Guardia Civil, por delegación del Ministro del Interior (P.D. O. INT. 985/05 y 2853/06). Es por ello que la resolución de cese de 24 de enero de 2019, acordada por el Director General de la Guardia Civil, fue convalidada al resolver el recurso de alzada por el Ministro del Interior, al ser el competente para el acordar el cese el mismo órgano que había adjudicado el destino.

No hubo ninguna delegación de competencia, ni ninguna avocación, sino una convalidación conforme al artículo 52 de la Ley 39/2015, a cuyo tenor la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, y « *si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.*» Esto es lo recogido en la resolución impugnada y confirmado por la sentencia de instancia, lo que no sólo es conforme a Derecho, sino que se omite en el recurso de apelación confundiendo la avocación de la competencia (artículo 10 de la Ley 40/2015) con la convalidación de los actos anulables.

Finalmente, sobre la alegada incongruencia omisiva, por no haber dado respuesta en la sentencia a la alegación de la demanda de que « *en el hipotético caso de haberse avocado la competencia para resolver por considerar que existen circunstancias de cualquier índole que así lo requirieran, dicho acuerdo motivado de avocación debiera haber notificado a mi mandante, cosa que no hizo.*», debe igualmente rechazarse.

Como explica la jurisprudencia contencioso-administrativo, sentencias recientes del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 (casación 1814/2015) y 27 de junio de 2016 (casación 2833/2014), que citan las sentencias de 30 de octubre de 2014 (casación 421/2014) y 21 de octubre de 2015 (casación 268/2014), resulta oportuno subrayar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es precisa una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). Como resume la STC 128/2017, de 13 de noviembre, no es necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

En la demanda se solicitó que se declare NULO y deje sin efecto el acto objeto de recurso, declarando su derecho a continuar en el destino que ocupaba y a ser resarcida del perjuicio económico que se hubiera producido por el cese en el citado destino hasta el dictado de la sentencia, con carácter retroactivo, pretensión a la que da respuesta la sentencia recurrida. La alegación sobre una «hipotética» avocación no es una alegación sustancial, habiendo razonado la sentencia sobre la competencia del Ministro para resolver el recurso de alzada conforme al artículo 52.3 de la Ley 39/2015.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de apelación.

QU INTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA, desestimarse el recurso, procede la expresa imposición de las costas causadas en esta instancia la parte apelante.

FALLAMOS



DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D^a. Magdalena**, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2020, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 3 en el procedimiento abreviado número 60/2020.

Con imposición de costas a la parte apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así se acuerda, pronuncia y firma.

Recursos: La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS