

RECURSO CASACION núm.: 2392/2015

Ponente: Excma. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 78/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2392/2015, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 22 de abril de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en recurso contencioso-administrativo nº 141/2013, sobre planes de estudios de la formación militar.

Se ha personado como parte recurrida el Procurador de los Tribunales D. José Luis Barragués Fernández, en nombre y representación de la Asociación Profesional de Suboficiales de la Fuerzas Armadas.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional, se ha seguido el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armada (ASFAS-PRO), contra la Orden Ministerial 15/2013, de 28 de febrero, por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la Escala de Suboficiales correspondientes a las especialidades Fundamentales del Cuerpo General de Ejército de Tierra, mediante la forma de ingreso con exigencia de titulación previa.

SEGUNDO.- En el citado recurso contencioso administrativo, se dicta Sentencia el día 22 de abril de 2015, cuyo fallo es el siguiente:

<<Que estimando el recurso contencioso administrativo formulado por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Barragues Fernández, en nombre y representación de la Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas (ASFAS-PRO), contra la Orden Ministerial 15/2013, de 28 de febrero, por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la Escala de Suboficiales correspondientes a las especialidades Fundamental del Cuerpo General de Ejército de Tierra, mediante la forma de ingreso con exigencia de titulación previa; debemos declara (sic) y declaramos la nulidad de la precitada disposición general, por ausencia de preceptivo y previo trámite de audiencia al órgano administrativo legalmente previsto. (...) Con expresa imposición de costas a la parte demandada>>.

TERCERO.- Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 25 de septiembre de 2015, la parte recurrente, Abogado del Estado, solicita se

case y anule la sentencia recurrida por incurrir en las infracciones legales puestas de manifiesto, y en su lugar, se dice otra desestimatoria del recurso contencioso administrativo. Con condena en costas a la demandante en la instancia.

QUINTO.-Mediante diligencia de ordenación de 24 de noviembre de 2015, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, oposición que presenta el 12 de enero de 2016, y tras las alegaciones oportunas solicita se dicte sentencia desestimando del recurso, con imposición de las costas ocasionadas.

SEXTO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2017, se señala para votación y fallo el día 16 de enero 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 17 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso de casación se impugna la sentencia que estimó el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas (ASFAS-PRO), contra la Orden Ministerial 15/2013, de 28 de febrero, *por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General del Ejercicio de Tierra, mediante la forma de ingreso con exigencia de titulación previa.*

La sentencia que se recurre tras identificar el acto administrativo impugnado en el recurso contencioso administrativo, y resumir la posición de las partes procesales, establece el marco jurídico de aplicación y considera que la orden recurrida es una disposición general que como tal precisa, en su procedimiento de elaboración, del informe preceptivo del Consejo de Personal

de las Fuerzas Armadas. Concretamente, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia se concluye que *<<Tal contenido es expresión de una innovación en una determinada parcela del ordenamiento jurídico, fijando una regulación concreta y determinada de una parcela de la enseñanza de formación militar y fijando los planes de estudio y formación de los miembros de las Fuerzas Armadas, goza del carácter de generalidad, y obtienen la cobertura jurídica derivada de la Leyes y precepto legales arriba citados. (...) Sin que la coercibilidad de la Orden únicamente se proyecte sobre los concretos destinatarios de la formación militar, como acto administrativo dirigido a una pluralidad de destinatarios, sino que, atendido su contenido, la coercibilidad de lo en ella dispuesto, se proyecta frente a todos los sujetos que intervengan en la parcela que regula, Administración militar, profesores, alumnos y demás personal o instituciones concernidas en su ámbito de aplicación. (...) Consecuencia de ello, la omisión del preceptivo y previo trámite de audiencia del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas en la elaboración de la Orden cuestionada, exigida por imperativo legal, conforme a los preceptos legales arriba citados, determina su nulidad>>.*

SEGUNDO.- El recurso de casación se construye sobre un único motivo en el que, por el cauce procesal que establece el artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional, el Abogado del Estado denuncia la lesión del artículo 49.1.c), en relación con la letra b), de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, el artículo 65 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, y el artículo 16 de la Orden Ministerial 33/2011, de 14 de junio, por la que se aprueban las directrices generales para la elaboración de los planes de estudios de la formación militar general, específica y técnica para el acceso a las diferentes escalas de suboficiales. También se aduce la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la diferenciación entre actos administrativos y disposiciones generales.

Por su parte, la asociación recurrida aduce que el recurso de casación ha perdido su objeto, porque la orden impugnada en la instancia, Orden

15/2013, y la orden que aprobó las directrices, Orden 33/2011, han sido derogadas; que se ha producido un reconocimiento extraprocesal, que el alegato del escrito de interposición no se ajusta al principio de confianza legítima, y que la orden recurrida en la instancia era una disposición general y no un acto administrativo.

TERCERO.- Con carácter previo procede examinar las causas obstativas al examen del fondo del recurso, que se aducen en el escrito de oposición al recurso de casación. Concretamente la carencia de objeto del recurso de casación y el reconocimiento extraprocesal de la pretensión.

Comenzando por la última, el reconocimiento extraprocesal, debemos señalar que no concurren los presupuestos que prevé el artículo 76 de nuestra Ley Jurisdiccional para entender producido un reconocimiento extraprocesal de la pretensión esgrimida por el demandante. Así es, en primer lugar conviene tener en cuenta que la parte que esgrime tal alegato es la ahora recurrida que vio estimada su pretensión en el recurso contencioso administrativo, lo que revela que dicha satisfacción no puede tener cabida, en los términos que se formula, en sede casacional, sino que se limita al recurso contencioso administrativo. Y en segundo lugar, porque no se ha reconocido en vía administrativa la pretensión que ahora esgrime la recurrida para que se desestime el recurso de casación. Lo que se ha producido es la derogación, por Orden DEF/1668/2015, de 29 de julio, de la orden impugnada 15/2013 en la instancia y anulada por la sentencia de 22 de abril de 2015, ahora recurrida, lo que puede proporcionar un argumento favorable a la recurrente, pero no supone que concorra un supuesto de reconocimiento extraprocesal del artículo 76 de la LJCA.

CUARTO.- En relación con la carencia de objeto, debemos señalar que efectivamente la orden impugnada en el recurso contencioso administrativo --- Orden Ministerial 15/2013, de 28 de febrero, *por la que se aprueban los planes de estudios de la formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General del Ejercicio de Tierra, mediante la forma de ingreso con exigencia de titulación*

previa---, ha sido expresamente derogada por la Orden DEF 1668/2015, de 29 de julio, *por la que se aprueban los currículos de la enseñanza de formación militar para el acceso a la escala de suboficiales correspondientes a las especialidades fundamentales del Cuerpo General del Ejército de Tierra, mediante la forma de ingreso con exigencia de titulación previa.*

Concretamente, la disposición derogatoria única, de la indicada Orden de 2015, que lleva por título “derogación normativa”, resulta suficientemente expresiva de que la propia Administración considera que se trata de una disposición general y no de un acto administrativo. En concreto, dicha disposición señala que “*queda derogada la Orden ministerial 15/2013, de 28 de febrero (...)*”. También consta en esta Orden de 2015, en el preámbulo, que <<*Durante su tramitación, esta disposición fue informada por las asociaciones profesionales con representación en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 40.2.b) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y se ha dado conocimiento de la misma al resto de asociaciones profesionales inscritas en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 40.1.c) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio. Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 49.1.c) de la citada ley orgánica, ha sido informada por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas*>>.

Conviene tener en cuenta que las disposiciones de carácter general, como la impugnada en el recurso contencioso administrativo en el que se dicta la sentencia recurrida, pueden ser impugnadas de modo directo con motivo de su publicación, o indirectamente con motivo de la aplicación en los actos administrativos a los que presta cobertura, como se infiere de los artículos 25 y 26 de nuestra Ley Jurisdiccional. Pues bien, en lo que hace al caso, el recurso directo interpuesto es el instrumento procesal que tiene como finalidad eliminar del ordenamiento jurídico las normas dictadas en el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, o en la que se aprecien vicios de procedimiento, como acontece aquí, determinantes de su nulidad. De modo que el objeto del recurso, y la finalidad que ha de cumplir, se

desdibuja cuando la norma de rango reglamentario, sobre cuya legalidad nos hemos de pronunciar, ya ha sido derogada y sustituida por otra posterior.

De manera que tras la sentencia que ahora se impugna, de 22 de abril de 2015, la Administración dicta la citada Orden de 2015 derogando la Orden de 2013 allí impugnada y declarada nula.

Nos encontramos, por tanto, ante una pérdida sobrevenida del objeto del recurso por la derogación de la norma impugnada en la instancia. Teniendo en cuenta que esa derogación formal de la Orden de 2013, por la de 2015, expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico dicha Orden, cuya nulidad ya había sido declarada por la sentencia que ahora se recurre, **pues dicha sentencia acierta cuando considera que efectivamente estamos ante una disposición general, y declara su nulidad ante la ausencia del informe preceptivo del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas,** como ha declarado también esta Sala Tercera en Sentencia de 27 de abril de 2017 (recurso contencioso administrativo nº 4278/2015) .

QUINTO.- Y si bien esta Sala ha mantenido una jurisprudencia oscilante en orden a declarar la carencia de objeto, en unos casos, o no declarando, en otros, cuando no concurre dicha pérdida de objeto en atención a los actos de aplicación dictados al amparo y durante la vigencia de la disposición general, sin embargo en este caso consideramos que concurre esa carencia de objeto. Así es, el examen de este recurso únicamente tendría sentido en atención a los actos de aplicación dictados al amparo de la norma derogada y durante su vigencia, sin embargo en este supuesto, ni se alega ni se justifica la incidencia que, en su caso, haya tenido la aplicación de la norma ya desterrada del ordenamiento jurídico, por su derogación.

En este sentido, en fin, hemos declarado, desde nuestra Sentencia de 5 de febrero de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 208/2007) con sustento en el artículo 72.2 de la LJCA, y teniendo en cuenta que en este caso la disposición de carácter general ha sido declarada nula primero, y derogada expresamente después, en el carácter superfluo de un pronunciamiento

judicial que anule lo ya derogado, o que expulse del ordenamiento lo ya eliminado por éste.

Procede, en consecuencia, declarar que no ha lugar al recurso de casación por la ausencia de objeto.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la LRJCA se imponen las costas a la parte recurrente, cuya cuantía que limitamos al amparo del artículo 139.3 de la misma Ley, no podrá exceder de la cifra máxima, por todos los conceptos, de 3.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 22 de abril de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en recurso contencioso-administrativo nº 141/2013. Con imposición de costas en los términos previstos en el fundamento último.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. D^a Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.