

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0000469/2016
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02768/2016
Demandante: ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS ARMADAS (ASFASPRO)
Procurador: SR. BARRAGUES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JESÚS N. GARCÍA PAREDES

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. JOSE MARIA GIL SAEZ
D. JESÚS N. GARCÍA PAREDES
D. FERNANDO F. BENITO MORENO
D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil dieciocho.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 469/16, promovido por **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS ARMADAS (ASFASPRO)**, representado por el Procurador de los Tribunales don

José Luis Barragues Fernández y asistido por la Letrada doña Leonor Monje García, contra la modificación del texto correspondiente al apartado e) del punto 6.1, del "anexo" a la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, (publicada en el Boletín del Ministerio de Defensa número 231, de 26 de noviembre de 2015), aparecida en el BOD nº 58, de 24 de marzo de 2016. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado. Cuantía: indeterminada.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Jesús N. García Paredes**, Magistrado de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso, con fecha 29 de mayo de 2016 el presente recurso contencioso-administrativo que, admitido a trámite y reclamando el expediente administrativo, fue entregado a dicha parte actora para que formalizara la demanda.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, a través del escrito presentado en fecha de 3 de octubre de 2016, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos administrativos impugnados.

TERCERO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado quien, en nombre y representación de la Administración demandada, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2016 en el que, tras los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Presentados los escritos de conclusiones, mediante providencia de esta Sala de fecha 3 de octubre de 2017, se señaló para votación y fallo del

presente recurso el día 14 de noviembre de 2016, que quedó suspendida, procediéndose a nuevo señalamiento por providencia de 9 de enero de 2018, para el 23 de enero de 2018, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la modificación del texto correspondiente al apartado e) del punto 6.1, del "anexo" a la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, (publicada en el Boletín del Ministerio de Defensa número 231, de 26 de noviembre de 2015), aparecida en el BOD nº 58, de 24 de marzo de 2016.

La Asociación recurrente, tras exponer los hechos, fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: **1)** Que la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre (publicada en el BOD 231 de 26/11/15) del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, y que fue informada como es preceptivo por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas (en adelante COPERFAS) en el punto 6.1e) del ANEXO, en la parte final del párrafo, figura: *"Para Suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias"*. Siendo ésta, la única redacción válida legalmente aprobada (como después se desarrollará) al haber seguido el cauce legal, que preceptivamente estipula el art. 49.1 c) de la Ley 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sobre las funciones del Consejo de Personal *"c) Informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios que se dicten sobre las materias citadas en el subapartado anterior."* Del mismo modo se cumplió lo dispuesto en el art. 40 del mismo texto legal, habiendo sido informadas las Asociaciones Profesionales tanto las que componían el Consejo de Personal (COPERFAS) como las que no, y por tanto éstas pudieron cumplir con lo establecido en el artículo art. 40 del mismo texto legal. Con posterioridad, en el BOD núm. 58 del 24 de marzo de 2016 se publica una MODIFICACIÓN de la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, y se indica que:

“Advertido error de transcripción en la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» número 231, de 26 de noviembre de 2015, se procede a efectuar la oportuna rectificación: En la página 28616, **apartado e) del punto 6.1 del «anexo» a la Instrucción:** Donde dice: «Para Suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias.» Debe decir: «Para Suboficiales, a efectos de puntuación, se valorarán las especialidades complementarias cuya obtención no venga condicionada por la pertenencia a una determinada especialidad fundamental.»” Modificación substancial, que altera totalmente (en cuanto al apartado referido) la Instrucción 57/2015. Modificación realizada al margen del procedimiento legalmente establecido como después se profundizará, incumpliendo por tanto, lo establecido en los artículos art. 49.1 c) y 40 de la Ley 9/2011, de 27 de julio, incumpléndose igualmente lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno. **2)** Del expediente aportado por la Administración demandada se desprende claramente, SIN LUGAR A DUDA NI ERRORES, que el texto y redacción de la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre (publicada en el BOD 231 de 26/11/15) del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, es la única redacción legal que ha seguido el proceso preceptivo establecido de producción normativa, a saber: 1º.- Se inicia la producción normativa de acuerdo a la normativa anteriormente expuesta la Orden Ministerial número 105/2002, de 22 de mayo, desarrollada por la Instrucción número 116/2002, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Producción Normativa en el Ámbito del Ministerio de Defensa (folio 1 del expediente), y ello se produce el 31 de julio de 2014. En el folio 61 del expediente se puede comprobar el texto final que fue aportado al Consejo de Personal y a las asociaciones con representación en el mismo (folio 83) y aquellas sin representación (folio 84), de lo que sería la Instrucción 57/2015, y en lo que aquí interesa, En el folio 61 del expediente, se somete a consulta y aprobación el texto publicado en el BOD 231 de 26/11/15 donde en el punto 6.1e) del ANEXO, en la parte final del párrafo, figura: “Para Suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias.”. Texto y el cumplimiento del resto de requisitos

legales que certifica el Coronel Secretario Permanente del COPERFAS (folio 85 del expediente), el 9/10/2015, siendo publicada la Instrucción 57/2015 el 26/11/15. **3)** Posteriormente, y totalmente al margen del procedimiento reglamentario y legal establecido, se pretende por la vía de “*error de transcripción*” crear una modificación de la normativa reglamentariamente aprobada, En primer lugar, no existe error de transcripción alguno, como es fácil comprobar, dado que el texto, producido, que fue informado por las asociaciones, y preceptivamente por el Consejo de personal, texto certificado por el Coronel Secretario Permanente, no es otro que el publicado el 26/11/15: “*Para Suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias*”. En segundo lugar, de la comparación de ambos textos, se desprende fácilmente que es una auténtica modificación normativa, que perjudica los derechos de unos Suboficiales y beneficia a otros, dado que modifica una directriz en el proceso de evaluación de los Suboficiales. Pero con total independencia de ello, es que se produce una auténtica modificación normativa infringiendo claramente el art. 9.1 de la CE “*1. los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*” E igualmente el art. 9.3 de la CE “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*” Como igualmente se ha infringido el art. 3.1 de la Ley 30/91 “*Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima*”. A mayor abundamiento, la Instrucción número 116/2002, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Producción Normativa en el Ámbito del Ministerio de Defensa, dispone claramente en su norma decimonovena sobre *Corrección de errores y erratas*: *1. Son errores aquellos que puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la disposición. Los errores deberán corregirse siempre a instancia del órgano originador, con disposición del mismo rango, en conformidad con lo dispuesto para las disposiciones modificativas en la norma decimoséptima. 2. Son erratas las equivocaciones materiales cometidas por la Unidad de Imprenta de la Subdirección de Publicaciones. Las erratas las corrige la Unidad de Inserción de «BOD», de oficio o a*

instancia del órgano originador de la disposición, cuando éstas puedan llevar a error en la interpretación de la misma, mediante una corrección de erratas. En las correcciones de erratas se deberá hacer referencia clara a la página, artículo, apartado y párrafo que se desea corregir y se utilizará la expresión: Donde dice: «.....» Debe decir: «.....» Es evidente, que la Administración ha dado el trato de corrección de erratas a algo que era una modificación de una norma legalmente aprobada. **Y 4)** Por tanto, no se trata de un error de transcripción, ni de una errata, se ha realizado una modificación de una norma en vigor, dado que la nueva redacción del apartado e) del punto 6.1 del «anexo» a la Instrucción 57/2015, modifica una directriz en el proceso de evaluación de los Suboficiales, con un sentido totalmente diferente al anterior, y cuya Modificación tenía que haberse realizado de acuerdo a lo establecido por la norma decimoséptima de la Instrucción 116/2002, mediante una “*disposición modificativa*” incluida al menos en una norma del mismo rango legal. Modificación que debió realizarse de acuerdo a lo dispuesto por la Orden Ministerial 56/1985, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las normas para la tramitación de disposiciones generales y anteproyectos de Ley en el ámbito del Ministerio de Defensa. A la Orden Ministerial número 105/2002, de 22 de mayo, por la que se regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa y a la citada Instrucción número 116/2002, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Producción Normativa y por tanto -entre otros trámites- significaba que “preceptivamente” debió ser informado por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas y dar conocimiento del mismo a las asociaciones profesionales inscritas. Por tanto esta representación reitera que la modificación realizada con posterioridad de la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre y publicada en el BOD núm. 58 del 24 de marzo de 2016 es nula de pleno derecho por la vulneración total del procedimiento, eludiendo la preceptiva audiencia previa del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas de la que forma parte la Asociación ASFASPRO como parte afectada por la normativa que contiene, lo que debe suponer la nulidad modificación impugnada y los actos administrativos a los que haya sido aplicados para el ciclo 2016/2017, debiendo rehacer los mismos con acuerdo a lo dispuesto por la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre.

El Abogado del Estado apoya los argumentos de la resolución impugnada, alegando que, la demanda considera que la Instrucción nº 57/2015, de 5 de noviembre, del AJEMA, es una disposición de carácter reglamentario, cuando ni el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno en la redacción anterior a la operada por la reforma producida por la disposición final 3 de la Ley del Sector público, ni el texto actualmente vigente del artículo 24.2 de la Ley del Gobierno reconocen tal carácter mas que a los Reales Decretos de Presidencia del Gobierno o del Consejo de Ministros o a las Órdenes Ministeriales. Esta naturaleza no reglamentaria, sino puramente administrativa e interna de la Instrucción impugnada, hace que no puedan atenderse las razones esgrimidas por la asociación profesional demandante, que impetra en apoyo de la misma preceptos previstos por el ordenamiento jurídico para la tramitación de los reglamentos emanados del poder Ejecutivo ex artículo 97 de la Constitución. El carácter no reglamentario de la modificación de la Instrucción que se recurre, y de la Instrucción misma, se puede apoyar, además, en el objeto, contenido y periodicidad de la Instrucción afectada. Los instrumentos por los que se aprueban las directrices de aplicación en los procesos de evaluación se suceden con carácter anual adaptándose a los propios procesos. Estas directrices son dictadas por los Jefes de Estado Mayor. La Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional establece en su disposición final primera que se faculta a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire a desarrollar mediante instrucción que se publicará en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" lo previsto en esa Orden Ministerial y en especial los aspectos relativos a factores y fórmulas de ponderación, definir el elemento de valoración de trayectoria profesional, establecer la valoración de destinos, de cursos, etc. Las directrices a aplicar en los procesos de evaluación están sujetas a una actualización y adaptación prácticamente constantes. Esa característica impide que se pueda predicar de las instrucciones del AJEMA una de las notas propias de las disposiciones de carácter general, como es su perdurabilidad en el tiempo. Son aprobadas para ser aplicadas a las evaluaciones correspondientes a un cierto periodo de tiempo. El acto administrativo es un acto jurídico no normativo, no forma parte del ordenamiento jurídico sino que se produce dentro de él y por consiguiente, se agota con su aplicación. Teniendo en cuenta que la Instrucción 57/2015 del AJEMA concreta y desarrolla aspectos de la Orden

Ministerial 17/2009 que son necesarios para los procesos de evaluación, y que esa concreción y desarrollo se revisa cada año, no puede sostenerse el pretendido carácter de disposición general de la instrucción impugnada. Resulta, por tanto de aplicación al supuesto presente, doctrina de la Sala en sentencia de 5 de octubre de 2015 (Recurso 5/85/2014). Así, de acuerdo con el informe emitido por Dirección de Personal de la Armada, *"la corrección de errores fue necesaria al detectarse un error en el apartado 6.1 de su anexo, sobre la valoración de las especialidades complementarias de la escala de suboficiales. Antes de su corrección, el texto de la instrucción disponía que todas las especialidades complementarias de los suboficiales quedaban sin valorar, lo cual difería notablemente de la verdadera intención de ésta, que era dejar sin valorar únicamente las especialidades complementarias que se realizan obligatoriamente tras determinadas especialidades fundamentales"*. Los informes y consultas a los que se refiere el citado artículo 40.2.b), cuando son emitidos por las asociaciones profesionales y no afectan a normas de rango legal o reglamentario, son «conocidos y oídos» por el Consejo de Personal, como fue el caso de la Instrucción cuya modificación se impugna, según certificó en el expediente administrativo (folio 85) el Coronel Secretario Permanente del Consejo de Personal («el Consejo de personal ha tenido conocimiento y ha sido oído sobre el proyecto de instrucción del Jefe de Estado Mayor de la Armada por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada»). Tal conocimiento y audiencia se produjo en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 49.1 b) de la Ley Orgánica. De todo lo anteriormente dicho, y del análisis del expediente administrativo, resulta evidente que no era preceptivo el debate previo en el Consejo de Personal, de la instrucción, y tampoco de su corrección impugnada, al carecer de carácter normativo que justifica la aplicación del artículo 49.1 c) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. En cuanto a la alegación de vulneración de lo previsto por el artículo 24.1 c) de la Ley del Gobierno en su anterior redacción, la misma debe entenderse desprovista de fundamento legal por las mismas razones de carencia de carácter normativo de la Instrucción impugnada, al no tratarse de una norma reglamentaria y no ser susceptible de aplicación a la tramitación de la misma la tramitación procedimental establecida para esta clase de normas por el precepto señalado. Por lo demás, subsidiariamente, resultaría de aplicación la reiterada jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo

en materia de defectos procedimentales en la tramitación de normas reglamentarias para descartar la existencia de causa de nulidad alguna en la Instrucción nº 57/2015 del AJEMA, y en su modificación, doctrina que resume la STS III (Secc. 4ª) de 22 de diciembre de 2015, F. D. 5º.

SEGUNDO.- Sobre la impugnabilidad o no de las Instrucciones, el Tribunal Constitucional tiene declarado que, aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones, al igual que las circulares, no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria., si bien, en el marco del recurso de amparo, admite el recurso contencioso-administrativo contra instrucciones y circulares, sin necesidad de aguardar a los actos de aplicación, tanto en el ámbito de las relaciones de supremacía especial (STC 26/1986) como en el de las relaciones de supremacía general, cuando éstas puedan producir efectos directos sobre los ciudadanos (STC 150/1994).

Así, es la citada sentencia 26/1986, de 19 de febrero, declara:

"Para dar respuesta al problema planteado por el Ministerio Fiscal será preciso considerar cuál sea la naturaleza de esas Instrucciones, acerca de lo cual los recurrentes -muy particularmente en sus alegaciones en vía administrativa- mantienen que se trata de una disposición de carácter general, que ha de ser cumplida por los administrados directamente, gozando de un carácter normativo de índole innovadora, mientras que, por el contrario, la Abogacía del Estado -al contestar la demanda en el contencioso seguido ante el Tribunal Supremo- señala que no se trata propiamente de una disposición de carácter general puesto que la autoridad militar concretamente el Ministro de Defensa, no ha hecho otra cosa que elaborar unas instrucciones para que sirvan de pauta para el supuesto de que se ejerza el derecho de huelga por el personal laboral dependiente de la Administración Militar, instrucciones que carecen de todo valor normativo al no haberse publicado en el «Boletín Oficial del Estado» ni en el «Diario Oficial del Ejército», tratándose de unas instrucciones -afirma el Letrado del Estado- como cualesquiera otras que

pueda haber en relación a otros aspectos laborales, como relativos a horarios uniformes, medidas de seguridad o productividad, transportes colectivos, etcétera, pudiéndose acudir, en su caso, a la autoridad laboral o a la jurisdicción del mismo orden, si el personal considera lesivas las medidas.

Aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente de Derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria caso contrario, y sin que sea menester su publicación, como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se trata, bastando que la Instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige. Insistiendo en el punto relativo a la publicación, hay que recordar también que la misma se exige, en el «Boletín Oficial del Estado», para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, ya que así está previsto en el art. 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo."

También, el Tribunal Supremo atribuye a las circulares e instrucciones la naturaleza de acto administrativo, con el fin de permitir su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa; pero lo aceptado, generalmente, es que el acto impugnado sea el resultante de la aplicación de la Instrucción, y en el que aflore la adecuación o no a Derecho de dicho acto administrativo, y, en consecuencia, de la norma aplicada, es decir, de la Instrucción, con el fin de comprobar si no se ha ajustado a la norma que intenta complementar o aclarar su aplicación.

TERCERO.- En nuestra sentencia de fecha 22 de abril de 2015, dictada en el rec. nº 141/2013, en relación con la potestad normativa de la Administración, lo siguiente:

SEGUNDO.- *Con carácter de generalidad en orden a la potestad normativa de la Administración, el artículo 24, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, al regular el procedimiento de elaboración de los reglamentos, dispone en su apartado 1.c)*

“Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

Y también, con el mismo carácter de generalidad este trámite ha sido configurado por la jurisprudencia como un requisito “ad solemnitatem”, en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

Baste a título de ejemplo y por todas, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000, dictada en el recurso núm. 513/98, según el cual “el trámite mediante el que se elabora y aprueba una disposición general constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105, apartado 1 de la Constitución y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley 50/1997, al tiempo que un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria, siendo así que su observancia tiene, por tanto, un carácter «ad solemnitatem», de modo que su omisión o su defectuoso cumplimiento, traducido en un olvido trascendente para la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte”.

En la materia que ahora nos concierne, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, otorga gran importancia a la formación militar regulando la Enseñanza en las Fuerzas Armadas, a la que dedica el título IV, y así precisa, en su artículo 43.1, que: “La finalidad de la enseñanza en las Fuerzas Armadas es proporcionar a sus miembros la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas y especialidades, con objeto de atender las necesidades derivadas de la organización y preparación de las unidades y de su empleo en las operaciones”.

Y concreta a los efectos que aquí interesa en su artículo 45, sobre la “Enseñanza de formación de suboficiales”, en su apartado 1, que “La formación de suboficiales tiene como finalidad la preparación y capacitación para el ejercicio profesional y la obtención de las especialidades fundamentales que sean necesarias. Comprenderá la formación militar general y específica y la formación técnica correspondiente a un título de formación profesional de grado superior”.

Junto a estos principios generales que dimana de ley de la Carrera Militar, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las

Fuerzas Armadas, como hace constar en su Exposición de Motivos pone de manifiesto que una de sus novedades más relevantes son la regulación del derecho de asociación y la creación del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, configurado este órgano como medio de establecer y formalizar “ las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y se ponen en marcha mecanismos de información, consulta y propuesta sobre el régimen del personal militar”. Añadiendo: “Se pretende que esta vía sea un complemento adecuado de la representación institucional que se ejerce a través de la cadena de mando militar y de los cauces previstos en esta Ley para la presentación por los miembros de las Fuerzas Armadas de iniciativas y quejas en el ámbito interno.”.

Consecuencia de estos principios, el texto de la Ley Orgánica, al regular el ámbito de actuación del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, el artículo 43.1 de la misma dispone que: “La participación de las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y su interlocución con el Ministerio de Defensa, tendrá lugar en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, ante el que podrán plantear propuestas o sugerencias en materias relacionadas con su estatuto y condición de militar, el ejercicio de los derechos y libertades, el régimen de personal y las condiciones de vida y trabajo en las unidades”.

Y centrándonos en lo que constituye el objeto esencial del presente proceso, al regular las funciones del referido Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, el artículo 49.1. b) 4º, señala la función de “Tener conocimiento y ser oído sobre las siguientes cuestiones: 4ª Planes de formación y perfeccionamiento de la enseñanza en las Fuerzas Armadas”.

Lo que se reafirma en el apartado c) del mismo precepto al señalar explícitamente como una de la funciones del Consejo “Informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios que se dicten sobre las materias citadas en el subapartado anterior”.

De la normativa expresada se desprende que prima facie las disposiciones generales a dictar con la finalidad de regular las cuestiones referidas los Planes de formación y perfeccionamiento de la enseñanza en las Fuerzas Armadas, por imperativo legal exigen el informe previo y preceptivo del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.

La omisión de este trámite determina la nulidad de la disposición general afectada."

Y en esta misma sentencia, en relación con la naturaleza de la Orden impugnada y su eficacia normativa, declaramos:

"TERCERO.- Por la parte demandada se reconoce la falta de audiencia previa del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, en la elaboración de la Orden Ministerial 15/2013, si bien se opone a la pretensión de nulidad, al estimar que, atendida la naturaleza jurídica de la Orden cuestionada, la misma no reúne los caracteres de disposición general, sino ser un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios.

Tesis que ya podemos adelantar este Tribunal no comparte.

Basta la mera lectura de la Orden Ministerial cuestionada, para apreciar que, aun cuando la misma tenga como antecedente 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 acceso a las diferentes escalas de suboficiales, su contenido pretende la regulación de una concreta parcela de la formación militar dirigida al acceso a la Escala de Suboficiales correspondientes a las Especialidades Fundamentales del Cuerpo General del Ejército de Tierra, tal y como dimana del contenido de la Orden Ministerial, que hemos indicado en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, así, recoge los fines que se pretenden obtener de la formación que se planifica, se regulan los módulos obligatorios y específicos de todas las especialidades fundamentales, se regulan los módulos de cada una de las Especialidades Fundamentales del CGET, indicando su título, su Código, Contenidos y horas.

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 obtiene 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."

CUARTO.- La rectificación publicada tiene el siguiente contenido:

"EVALUACIONES Y CLASIFICACIONES

Corrección de errores de la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada.

Advertido error en la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa» número 231, de 26 de noviembre de 2015, se procede a efectuar la oportuna rectificación:

En la página 28616, apartado e) del punto 6.1 del "anexo" a la Instrucción, donde dice: «...Para suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias», debe decir: «...Para suboficiales, a efectos de puntuación, se valorarán las especialidades complementarias cuya obtención no venga condicionada por la pertenencia a una determinada especialidad fundamental»."

Como se desprende de lo anteriormente declarado, la cuestión se centra en determinar si la modificación del texto obedece a la existencia de un "error" que dé lugar a la necesidad de rectificar el mismo.

Este el contenido de ambos textos:

"En la página 28616, apartado e) del punto 6.1 del "anexo" a la Instrucción, donde dice: «...Para suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las

especialidades complementarias», debe decir: «...Para suboficiales, a efectos de puntuación, se valorarán las especialidades complementarias cuya obtención no venga condicionada por la pertenencia a una determinada especialidad fundamental»."

En el primero, se recoge la no contabilización, a efectos de puntuación, de las "especialidades complementarias", mientras que en el segundo, texto corregido, si se acuerda su "valoración", añadiendo: "cuya obtención no venga condicionada por la pertenencia a una determinada especialidad fundamental».

Prima facie, se aprecia que el contenido entre ambos textos son totalmente opuestos y contrarios, y, en principio, afectan al sistema de "puntuación" para "evaluaciones y clasificaciones" de los miembros del Cuerpo afectado.

Como se desprende de lo actuado en el expediente administrativo, la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre (publicada en el BOD 231 de 26/11/15) del Jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se establecen las directrices de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, fue informada por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, con la redacción original del punto 6.1e) del ANEXO, en la parte final del párrafo, figura: "*Para Suboficiales, a efectos de puntuación, no se contabilizarán las especialidades complementarias*", por lo que respetó el cauce legal, previsto en el art. 49.1 c) de la Ley 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, sobre las funciones del Consejo de Personal ("*c) Informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios que se dicten sobre las materias citadas en el subapartado anterior.*").

Por otra parte, también se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 40 del mismo texto legal, habiendo sido informadas las Asociaciones Profesionales tanto las que componían el Consejo de Personal (COPERFAS) como las que no, y por tanto éstas pudieron cumplir con lo establecido en el artículo art. 40 del mismo texto legal.

La Sala entiende que el contenido del texto modificado, la nueva redacción, supone una modificación normativa, que perjudica los derechos de unos Suboficiales y beneficia a otros, dado que altera una directriz en el proceso de evaluación de los Suboficiales, pues introduce un elemento de valoración que afecta al propio sistema de puntuación de los Suboficiales; lo que no se producía con el anterior texto, al no tenerse en cuenta dicho elemento de valoración. Por ello, se afecta a la situación jurídica en el mecanismo de evaluación y clasificación, que no puede modificarse bajo el concepto de "error de transcripción" o de "errores", cuya subsanación no altera el contenido del texto que la contiene.

En este sentido, y aplicando los criterios judiciales expuestos, asiste la razón a la Asociación recurrente, en cuanto que la modificación del anterior texto debe seguir el mismo cauce procedimental que se siguió en la elaboración y aprobación del texto original, dada la transcendencia de la corrección producida, que lo que realmente hace es cambiar el contenido de la norma de aplicación del sistema de "evaluaciones y clasificaciones", de las directrices en su aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional de la Armada, con repercusión en el derecho profesional al ascenso o en la adquisición de otras ventajas profesionales.

QUINTO.- Por aplicación del artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse a la Administración demandada.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador, don José Luis Barragues Fernández, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS ARMADAS (ASFASPRO)**, contra la modificación del texto correspondiente al apartado e) del punto 6.1, del

"anexo" a la Instrucción 57/2015, de 5 de noviembre, (publicada en el Boletín del Ministerio de Defensa número 231, de 26 de noviembre de 2015), aparecida en el BOD nº 58, de 24 de marzo de 2016, y DECLARAMOS que dicha resolución-rectificación es nula por no ser conforme a Derecho; con imposición de las costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma acostumbrada, de todo lo cual yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA