



Roj: **SAN 4632/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4632**

Id Cendoj: **28079230052021100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/11/2021**

Nº de Recurso: **1000/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JESUS NICOLAS GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN QUINTA**

**Núm. de Recurso:** 0001000 /2021

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03815/2021

**Demandante:** D. Braulio Y D. Carmelo

**Procurador:** SRA. CENTENO RUIZ, EDUARDO

**Demandado:** MINISTERIO DE DEFENSA

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JESÚS N. GARCÍA PAREDES

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D<sup>a</sup>. MARGARITA PAZOS PITA

D<sup>a</sup>. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

Madrid, a tres de noviembre de dos mil veintiuno.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 1000/2021, promovido por **D. Braulio Y D. Carmelo**, representados por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Centeno Ruiz y asistidos por el Letrado don José Cabrera Rodríguez, contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020 y contra las Ordenes dictadas por el Ministerio de Defensa núm. 431/14406/20 y 431/14407/20, publicadas ambas en el Boletín Oficial de Defensa de 30 de septiembre de 2020. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

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

## **AN TECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La parte indicada interpuso con fecha 8.01.21 ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 9 el presente recurso, acordándose la ampliación de la demanda por Providencia de 24.11.20 a las Órdenes del Ministerio de Defensa núm. 431/16569/20 y 431/16570/20.

Por auto de 18 de enero de 2021, el Juzgado *"Se declara la incompetencia de este Juzgado para conocer del recurso interpuesto y que ha dado origen a las presentes actuaciones, y, con inhibición del mismo, remítanse las mismas a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por ser el Órgano competente, todo ello sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este incidente."* que se admite por Decreto de 18 de febrero de 2021 por la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sección, abriendo el plazo para contestación por parte del Abogado del Estado.

**SEGUNDO.-** 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 23 de abril de 2021 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.

**TERCERO.-** Por auto de fecha 28 de abril de 2021, se recibió el recurso a prueba, y, presentadas conclusiones, mediante providencia de fecha 22 de septiembre de 2021 se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 2 de noviembre de 2021, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales. prueba no se solicita.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se impugnan en el presente recurso las Órdenes dictadas por el Ministerio de Defensa núm. 431/14406/20 y 431/14407/20, publicadas ambas en el Boletín Oficial de Defensa de 30 de septiembre de 2020, y frente a la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020, como acto de trámite previo al dictado de esas Órdenes, sobre el cese en los destinos en la AGREGADURÍA DE DEFENSA EN LA EMBAJADA DE ESPAÑA EN CARACAS.

Los recurrentes fundamentan, en síntesis, y tras indicar los destinos asignados por Orden del Ministerio de Defensa núm. 431/10860/18 y por Orden del Ministerio de Defensa núm. 431/08290/17, respectivamente, su impugnación en los siguientes motivos:

1) Improcedencia de la desactivación de una serie de puestos de trabajo, estableciendo como fecha límite general el 31 de julio de 2021, mediante su Resolución de 8 de mayo de 2020, también impugnada. Los dos militares aquí recurrentes se encuentran en el primer supuesto [ii.a], pese a que su fecha prevista de cese no sobrepasaría la establecida como límite para la ejecución del plan de desactivación. Y, por lo tanto, no habría ninguna razón aparente para anticiparla y ajustarla a la fecha límite del plan. En concreto, la Agregaduría de Defensa de la Embajada de España en Caracas será desactivada y, en consecuencia, dejará de existir como órgano de la Administración exterior. Sin embargo y a diferencia de otras Agregadurías, la fecha de desactivación de la de Caracas es la única de entre todas ellas que se adelanta a una fecha tan temprana como el 31 de diciembre del año 2020. La fecha prevista de cese de ambos demandantes, conforme a sus respectivos nombramientos, se fijó a finales de julio de 2021. Las Órdenes impugnadas, sin embargo, han adelantado esta fecha de cese al 31 de diciembre de 2020. Con lo que los demandantes ven reducido en siete meses su nombramiento.

2) Que sus fechas de cese ha sido modificada mediante las Ordenes impugnadas, por lo que los demandantes tuvieron conocimiento definitivo de la inmediata fecha de cese en sus puestos con apenas tan sólo tres meses de antelación. Hasta aquella fecha (30-9-2020) no pudieron los actores presentar recursos judiciales ni comenzar a preparar su regreso a España y el de sus familias.

Alegan las siguientes infracciones:

- Infracción de la reserva establecida en el apartado 6 del art. 42 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, así como infracción de las competencias del Consejo de Política Exterior previstas en el apartado 2 del art. 39 de la citada ley, toda vez que las resoluciones recurridas suprimen la agregaduría militar sita en Caracas, al margen del procedimiento previamente establecido en dicha norma legal.

- Indefensión de los interesados por no haberseles oído previamente antes de adoptarse las resoluciones ahora recurridas, así como por falta de motivación de las mismas.

- Infracción del art. 13 del Reglamento de Destinos del Personal Militar profesional, aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, toda vez que las resoluciones dictadas no están motivadas, tal y como



exige dicho precepto normativo, así como por no apreciarse necesidad del servicio alguna en dicha medida administrativa.

- Elusión de la norma aplicable al supuesto enjuiciado, esto es, el art. 25.4.o) del Reglamento de Destinos, el cual contempla como causa específica de cese la «la disolución, traslado o variación orgánica de la unidad, conforme a los criterios que se establezcan en aplicación de los dispuesto en el art. 14.4», ya que la Dirección General de Personal en una sesión del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, a preguntas de las asociaciones profesionales, manifiesta que los puestos de trabajo del personal afectado por las decisiones de la Administración militar de adelantar la fecha de cese prevista en diversos puestos en el extranjero, es a consecuencia de diversas adaptaciones orgánicas.

- Vulneración del principio de igualdad, ya que el personal militar de otros puestos en el extranjero que se han visto afectados por las mismas medidas administrativas ahora recurridas disponen de un mayor tiempo para afrontar el cese acordado, mientras que a ellos solamente se les ha avisado con una antelación de 3 meses, apreciándose e consecuencia un trato desigual o discriminatorio.

- Vulneración del cauce normativo previsto para modificar la asignación de los destinos asignados, pues la Administración militar debería haber acudido a los procedimientos de revisión regulados en los art. 106 y 107 de la Ley 39/2015, esto es la revisión de oficio o el procedimiento de declaración de lesividad.

Suplican se dicte sentencia por la que se declare:

*" 1. Declare la nulidad -o, subsidiariamente, anule- la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020, en lo relativo a la Agregaduría de Defensa de la Embajada de España en Caracas (Venezuela) y, en particular, a la fijación de su fecha de desactivación para el próximo 31 de diciembre.*

*2. Declare la nulidad -o, subsidiariamente, anule- la Orden DEF/431/14407/20, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Orden DEF/431/10860/18, de 12 de julio, en lo relativo a la fecha prevista de cese de Braulio , como Agregado de Defensa en la Embajada de España en Caracas.*

*3. Declare la nulidad -o, subsidiariamente, anule- la Orden DEF/431/14406/20, de 24 de septiembre, por la que se modifica la Orden DEF/431/08290/17, de 8 de junio, en lo relativo a la fecha de cese de la plaza vacante número NUM000 , asignada a Carmelo , como Ayudante del órgano de apoyo de la Agregaduría de Defensa de la Embajada de España en Caracas.*

*4. Declare la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa frente a los actores por los daños ocasionados a consecuencia de los actos impugnados, en la cuantía equivalente a los gastos incurridos por su fecha de cese anticipada y a los salarios correspondientes a su actual destino que dejaren de percibir, para el caso de que las resoluciones administrativas impugnadas no llegaran a suspenderse cautelarmente conforme a lo interesado en el primer OTROSÍ, en el caso de Carmelo por importe de 59.561,74 euros, más el correspondiente a una paga extraordinaria; y, en el caso de Braulio , por el de 103.177,13 euros, más el correspondiente a una paga extraordinaria y, además, las cuantías correspondientes a los gastos incurridos por las circunstancias particulares expresadas anteriormente en los parágrafos 61-62, que se acreditarán en el momento procesal oportuno.*

*5. Condene al Ministerio de Defensa a sufragar las costas de este procedimiento."*

**SEGUNDO.**- El Abogado del Estado alega que, ninguna objeción se aprecia sobre la impugnación jurisdiccional de tales órdenes, pero sí que existen objeciones respecto a la resolución de 8 de mayo de 2020 de la Subsecretaría de Defensa, la cual debe calificarse como un mero acto de trámite, siendo uno más de los realizados en el procedimiento seguido por la Administración para adelantar la fecha de cese en los destinos de los demandantes, todo ello al no decidir directa o indirectamente el fondo del asunto, no determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, por lo que no forma parte de la actividad administrativa impugnable prevista en el apartado 1 del art. 25 de la LJCA. Ello determina que el recurso debe ser inadmitido parcialmente en lo que respecta a dicha resolución.

En segundo lugar, la alegación de indefensión, en el caso que nos ocupa, carece de todo rigor, toda vez que dentro del procedimiento seguido por la Administración para adelantar la fecha de cese en los destinos no se prevé trámite de audiencia alguno, no pudiendo hablarse de una actuación negligente que ha menoscabado o impedido el ejercicio de los derechos de aquellos.

Pone énfasis en la especial relación que, en el contexto de las Fuerzas Armadas, vincula a los militares profesionales con la Administración militar es una de las más intensas que existe en nuestro ordenamiento jurídico; de forma que la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, ha conferido determinadas facultades a diversas autoridades administrativas y militares en todo lo concerniente a la materia de destinos. A modo de ejemplo, en su art. 102 se regulan los nombramientos y ceses de los oficiales generales, en su art.

103 se detalla la asignación de destinos dependiendo de si son por libre designación, concurso de méritos o antigüedad, en el art. 104 se concede una facultad a la autoridad que concedió un destino por libre designación para acordar su revocación y, por último, en el art. 105, así como el Reglamento de destinos del personal militar profesional, en su apartado 4 letra s) del art. 25.

Teniendo en consideración los preceptos citados, alega que la actuación de la Administración adelantando la fecha de cese del destino en el extranjero de los demandantes resulta ajustada a Derecho. No hay infracción alguna del art. 13 o del 25.4.o) del Reglamento de Destinos.

Añade que la actuación de la Administración militar ha tenido lugar en el contexto propio y legítimo de la facultad de autoorganización de la que dispone, prevista en los art. 54 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. En este sentido, la desactivación del destino de los demandantes ha sido acordada por la Ministra de Defensa, con fundamento en la racionalización y utilización eficiente de los recursos humanos, dado que se aprecia que los destinos en el extranjero deben reducirse, teniéndose que acometer una reforma sobre los mismos.

En cuarto término, manifiesta que los demandantes alegan la vulneración del principio de igualdad, ya que el personal militar de otros puestos en el extranjero que se han visto afectados por las mismas medidas administrativas ahora recurridas disponen de un mayor tiempo para afrontar el cese acordado, mientras que a ellos solamente se les ha avisado con una antelación de 3 meses, apreciándose e consecuencia un trato desigual o discriminatorio. Entiende que, el tertium comparationis efectuado por la demanda no satisface los requisitos necesarios para entender que se ha producido un menoscabo del principio de igualdad o la realización de un trato discriminatorio, todo ello debido a que no puede pretenderse que todos los puestos de trabajo en el extranjero, los cuales reúnen unas características y connotaciones absolutamente diferentes los unos de los otros, sea desactivados al mismo tiempo o con el mismo tiempo de preaviso.

Por último, los demandantes aducen la vulneración del cauce normativo previsto para modificar la asignación de los destinos, pues la Administración militar debería haber acudido a los procedimientos de revisión regulados en los art. 106 y 107 de la LPACAP, esto es la revisión de oficio o el procedimiento de declaración de lesividad. Este motivo no puede prosperar, pues, como indicamos anteriormente, la posibilidad de adelantar el cese en el destino en el extranjero, a consecuencia de la orden de desactivación de puestos en el extranjero acordada por la Ministra de Defensa, constituye una facultad de la titular de este Departamento ministerial contenida en el art. 105 de la LCM y en el art. 13 del Reglamento de Destinos.

Sobre la Responsabilidad patrimonial de la Administración alega la desviación procesal. No cabe duda de que se ejercita una pretensión de abono de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial, que no ha sido previamente planteada ante la Administración. No existe, en este extremo, actividad administrativa impugnada que pueda ser objeto del recurso. Existe una desviación procesal que debe conducir, en lo que respecta a esta pretensión, a una inadmisión parcial del recurso, pues se pretende el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial, sin la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Lo que se plantea en la demanda no es la posible compensación de los daños ocasionados por un acto que considera nulo, sino de una "responsabilidad patrimonial".

**TERCERO.**- En primer lugar, se ha de delimitar el objeto del presente recurso.

Efectivamente, como alega el Abogado del Estado, la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020, como acto de trámite previo al dictado de esas Órdenes, no alcanzan la categoría de acto administrativo impugnado.

Primero, porque se limitar, única y exclusivamente, a la remisión de un listado que le fue solicitado, como así consta:

*"Como continuación al oficio de la Ministra de Defensa de 11 de marzo de 2020 y en relación con el oficio de "S/ Refa", se remite listado definitivo de puestos en el extranjero con su fecha de desactivación.*

*Para aquellos puestos de trabajo en los que se haya modificado la fecha prevista de desactivación, se procederá por la Dirección General de Personal a la modificación de la resolución de destino correspondiente."*

Segundo, porque se dicta como ejecución de una previa resolución de la Ministra de Defensa de 11 de marzo de 2020 por la que ordena la desactivación de puestos de trabajo en el extranjero, es decir, ordena el adelanto de la fecha de cese en el destino.

Tercero, porque no contiene la manifestación de un acto de voluntad de la Administración en relación con una solicitud previa de interesado alguno, de forma que no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto; además de que no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento.



Cuarto, porque su eficacia y efecto se produce en el ámbito interno de la Administración sin producir efectos "ad extra", es decir, frente a terceros.

Quinto, porque se trata de un acto de trámite, sin contenido o eficacia jurídica que irrumpa en la situación jurídica de los recurrentes, pues el fondo se refiere a la supresión y efectos en la situación de los interesados de un órgano administrativo vinculado con la Administración General del Estado en el exterior prevista en el art. 80 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, lo que debe efectuarse por los cauces legales correspondientes.

En consecuencia, se inadmite el presente recurso en relación con esta resolución.

**CUARTO.-** Las Órdenes impugnadas son las siguientes:

1.- "Orden 431/14406/20

Cód. Informático: 2020019901.

La Orden 431/08290/17, publicada en el «BOD» núm. 115, de fecha 14 de junio de 2017, página 13770, en el cual se asignaban las vacantes anunciadas por Resolución 431/05326/17, «BOD» núm. 75, de 18 de abril de 2017, se modifica parcialmente en lo referente a la fecha de cese de la vacante número NUM000 en la AGREGADURÍA DE DEFENSA EMBAJADA DE ESPAÑA EN CARACAS, REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, quedando como a continuación se relaciona:

Donde dice:

«Fecha prevista de cese: 27-07-2021.»

Debe decir:

«Fecha prevista de cese: 31-12-2020.»

Contra la presente Orden, que agota la vía administrativa, se podrá interponer potestativamente recurso de reposición, ante la Autoridad que la dictó, en el plazo de un mes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien impugnarse, en el plazo de dos meses, directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Madrid, 24 de septiembre de 2020.-La Ministra, P. D. (Orden DEF/2004/2016, de 29 de diciembre), la Subsecretaria de Defensa, Justa."

2.- "Orden 431/14407/20

Cód. Informático: 2020019923.

El nombramiento publicado por Orden 431/10860/18, publicada en el «BOD» núm. 141, de 19 de julio de 2018, página 19004, al Coronel DON Braulio (3\*0\*\*74\*), como Agregado de Defensa, Militar, Naval y Aéreo en la AGREGADURÍA DE DEFENSA EN LA EMBAJADA DE ESPAÑA EN CARACAS (REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA), se modifica en el sentido siguiente:

Donde dice:

«fecha prevista de cese el 31 de julio de 2021.»

Debe decir:

«fecha prevista de cese el 31 de diciembre de 2020.»

Contra la presente Orden, que agota la vía administrativa, se podrá interponer potestativamente recurso de reposición, ante la Autoridad que la dictó, en el plazo de un mes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien impugnarse, en el plazo de dos meses, directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Madrid, 24 de septiembre de 2020.-La Ministra, P. D. (Orden DEF/2004/2016, de 29 de diciembre), la Subsecretaria de Defensa, Justa."

**QUINTO.-** Con carácter general y como marco normativo en el que se produce la supresión de las Agregadurías citadas, se ha de poner de manifiesto dos notas características de las facultades de la Administración y de la especial relación de los funcionarios con la Administración.

La primera, es la de que no puede olvidarse las características de la relación funcional y su continua adaptación legislativa, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, al declarar que: "Es de esencia



de la relación estatutaria la posibilidad de modificación legislativa de la misma» ( STC nº 129/1987, de 16 Julio y 178/1989, de 2 Noviembre; entre otras); matizando que: "el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando (...), porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al Servicio de la Administración, quien, al hacerlo acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionaria) ( artículo 103.3 de la Constitución )". ( STC n 99/1987, 11 de junio de 1987 ) .

En este sentido, reconoce que: " el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el "status" del personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas" ( Sentencias 7/1984, 99/1984, 148/1986, o 57/1990, entre otras), debiendo tenerse presente la existencia de «un margen de actuación suficientemente amplio a la hora de concretar organizativamente esos "status". Ello queda puesto de manifiesto en especial cuando se trata de resolver situaciones particulares que precisen, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes" (Autos 1268/1987 y 1053/1988, entre otros, sentencia 57/1990, de 29 Mar.).

Estos mismos criterios los tenemos recogidos, entre otras, en la Sentencia de fecha 22 de junio de 2011, dictada en el rec. nº 959/2009 y 20 de enero de 2016, dictada en el rec. nº 369/2014.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que los hipotéticos derechos al cargo no pueden mermar las facultades discrecionales y soberanas de la administración para reorganizar o extinguir sus servicios, en suma para elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre estructura orgánica, que el interés público o la economía del Tesoro reclame, ( STS 14 de diciembre de 2004, dictada en el recurso de casación nº 5741/2001; entre otras), estando incluida entre las facultades de esta potestad la de la modificación de determinadas estructuras militares ( Sentencia de fecha 30 de enero de 2003, de la Sección Tercera, dictada en el rec. nº 68/2002, de esta Audiencia Nacional; entre otras).

Debiéndose indicar que esa relación militar-Administración militar es mucho más intensa que la relación funcionarial ordinaria, como se desprende de las normas de la Ley de la Carrera Militar.

Y la segunda hace referencia a la potestad autororganizativa de la Administración, tanto en la fijación de las Plantillas de Destinos, que constituye una manifestación de la potestad de autoorganización de que gozan, con carácter general, las Administraciones Públicas, relacionada con la necesidad de adecuar sus estructuras orgánicas a las circunstancias cambiantes de la acción pública, como la de la supresión de determinados destinos.

Por ello, tanto la creación como desactivación de determinados destinos, es, en definitiva, una manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración, la cual alude al conjunto de poderes de una Autoridad Pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas, de manera que solo cuando en el ejercicio de dicha potestad se pueda apreciar infracción del ordenamiento jurídico o desviación de poder, podrán los tribunales apreciarlo y corregirlo. En la actuación de esta potestad, es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio, no confundible con la arbitrariedad, prohibida por el artículo 9.3 CE.

Esta potestad discrecional supone que la Administración, dentro de la legalidad, ostenta la facultad de configurar su estructura, sus unidades y servicios, afectando a la ordenación y carrera de los militares, en aras de una mayor eficacia de la misión que constitucionalmente tienen encomendadas las Fuerzas Armadas. Esa amplitud de las facultades, no es ilimitada, sino que se encuentra sujeta a los límites generales que comporta el ejercicio de las potestades administrativas, y a las técnicas de control jurisdiccional de las potestades de carácter discrecional.

En definitiva, cada Administración tiene que decidir cómo articula los servicios públicos de su competencia ( art. 11, de la derogada Ley 39/1992), correspondiendo a cada Administración pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización. Y, en el presente caso, la actuación de la Administración militar ha tenido lugar en el contexto propio y legítimo de la facultad de autoorganización de la que dispone, prevista en los art. 54 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Pues bien, en este contexto se han de analizar los motivos invocados por los recurrentes.

**SEXTO.-** En el presente caso, los recurrentes muestran su disconformidad, primero, con la desactivación de los destinos que venían ocupando, AGREGADURÍA DE DEFENSA EN LA EMBAJADA DE ESPAÑA EN CARACAS, y del adelanto de su cese en dicho destinos.



Consideran que se produce, en primer lugar, una infracción de la reserva establecida en el apartado 6 del art. 42 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, así como infracción de las competencias del Consejo de Política Exterior previstas en el apartado 2 del art. 39 de la citada ley, toda vez que las resoluciones recurridas suprimen la agregaduría militar sita en Caracas, al margen del procedimiento previamente establecido en dicha norma legal.

El artículo 42.6, "*De las Misiones Diplomáticas Permanentes y la Representación Permanente ante la Unión Europea y otras organizaciones internacionales*", de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, dispone:

" 6. La creación y supresión de los órganos técnicos especializados a que se refiere el artículo 45.3, en cuanto suponen modificación de la estructura de la Misión o Representación, se realizará por real decreto, a iniciativa del Ministerio competente, previo informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior."

En este sentido, la desactivación del destino de los demandantes ha sido acordada por la Ministra de Defensa mediante resolución de fecha de 11 de marzo de 2020, por la que ordena la desactivación de puestos de trabajo en el extranjero, con fundamento en la racionalización y utilización eficiente de los recursos humanos, dado que se aprecia que los destinos en el extranjero deben reducirse, teniéndose que acometer una reforma sobre los mismos.

Las Órdenes impugnadas se limitan a modificar la fecha de cese de los recurrentes como consecuencia de dicha desactivación, sin que se hayan dictado, conforme al procedimiento de supresión de ese órgano administrativo vinculado con la Administración General del Estado en el exterior, prevista en el art. 80 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, lo que debe efectuarse por los cauces legales correspondientes.

Por ello, es improcedente el argumento de los recurrentes sobre la nulidad de dichas Órdenes, amparándose en el apartado 6 del art. 42 de la Ley 2/2014, pues la resolución de la Ministra de Defensa acordando la desactivación no es objeto del presente recurso.

**SÉPTIMO.-** El siguiente motivo es el referido a la indefensión de los interesados por no haberseles oído previamente antes de adoptarse las resoluciones ahora recurridas, así como por falta de motivación de las mismas.

Además de lo declarado, ninguna norma impone el trámite de audiencia de los interesados ante la modificación de las fechas de su cese en la Agregaduría desactivada, pues el adelanto de la fecha de su cese, se comunica con la publicación de dichas órdenes, con varios meses de antelación a las citadas fechas de cese en esos destinos.

En este sentido no se produce indefensión, como acredita el hecho de la formulación de alegaciones contra dicha modificación, como así se declara en la Sentencia núm. 144/1996, de 16 de septiembre, del Tribunal Constitucional, entre otras, al entender que en un procedimiento administrativo lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso.

También, alegan la infracción del art. 13 del Reglamento de Destinos del Personal Militar profesional, aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, toda vez que las resoluciones dictadas no están motivadas, tal y como exige dicho precepto normativo, así como por no apreciarse necesidad del servicio alguna en dicha medida administrativa.

El artículo 13, "*Asignación de destinos y ceses por necesidades del servicio*", del Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional, dispone:

" El Ministro de Defensa podrá destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación, de forma motivada, cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, de conformidad con el artículo 105 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre .

*Para la asignación de estos destinos no será necesaria la publicación previa de la vacante."*

En dicho art. 105, se dispone:

« El Ministro de Defensa podrá destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación, de forma motivada, cuando las necesidades del servicio lo aconsejen».

Pues bien, en el presente caso, no se produce la infracción invocada, pues la consecuencia final de la modificación de la fecha de cese de los recurrentes, se debió a que por la Dirección General de Personal



en sesión, de 30 de octubre de 2019, del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, a preguntas de las asociaciones profesionales, manifiesta que los puestos de trabajo del personal afectado por las decisiones de la Administración militar de adelantar la fecha de cese prevista en diversos puestos en el extranjero, es a consecuencia de una adaptación orgánica, consistente en la desactivación, en este caso, de la Agregaduría.

Por ello, en cuanto que las Órdenes impugnadas se limitan a modificar las fechas de cese, no puede alegarse la falta de motivación, en cuanto que responden a la ejecución de una resolución ministerial de desafectación de las vacantes mencionadas.

**OCTAVO.-** El siguiente motivo es el referido a la elusión de la norma aplicable al supuesto enjuiciado, esto es, el art. 25.4.o) del Reglamento de Destinos, el cual contempla como causa específica de cese la *«la disolución, traslado o variación orgánica de la unidad, conforme a los criterios que se establezcan en aplicación de lo dispuesto en el art. 14.4»*, ya que la Dirección General de Personal en una sesión del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, a preguntas de las asociaciones profesionales, manifiesta que los puestos de trabajo del personal afectado por las decisiones de la Administración militar de adelantar la fecha de cese prevista en diversos puestos en el extranjero, es a consecuencia de diversas adaptaciones orgánicas.

Se ha de señalar que en las citadas Órdenes, no se acuerda el cese, que venía determinado con anterioridad con una fecha concreta, sino la modificación de la fecha en la que se producirían los efectos de dicho cese.

En este sentido, no se advierte la infracción invocada, pues la adaptación orgánica llevada a cabo, provoca el adelanto del mismo, no el cese *"per se"*, de forma que, por otra parte, dicho adelanto de la fecha de cese en el destino respeta los tiempos mínimos y máximos de permanencia en el destino, conforme a lo establecido en el art. 22 del citado Reglamento de Destinos, (*"1. Con carácter general, el tiempo mínimo de permanencia en los destinos será de dos años para los asignados con carácter voluntario."* y *"3. El Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, en el ámbito de las competencias asignadas en el artículo 5, podrán establecer tiempos máximos de permanencia en los destinos en que lo consideren necesario, que en ningún caso podrán ser superiores a diez años"*).

Sobre el motivo referido a la vulneración del principio de igualdad, (ya que el personal militar de otros puestos en el extranjero que se han visto afectados por las mismas medidas administrativas ahora recurridas disponen de un mayor tiempo para afrontar el cese acordado, mientras que a ellos solamente se les ha avisado con una antelación de 3 meses, apreciándose e consecuencia un trato desigual o discriminatorio), no procede su estimación, pues las circunstancias de los destinos en relación con las peculiaridades y motivaciones organizativas de cada país, impiden una equiparación a los efectos pretendidos, no sirviendo de parámetro comparativo en el sentido pretendido por los recurrentes.

Por último, se alega la vulneración del cauce normativo previsto para modificar la asignación de los destinos asignados, pues la Administración militar debería haber acudido a los procedimientos de revisión regulados en los art. 106 y 107 de la Ley 39/2015, esto es la revisión de oficio o el procedimiento de declaración de lesividad.

Como hemos venido declarando, la desactivación de las Agregadurías constituye una facultad de la Ministra de Defensa, contenida en el art. 105 de la Ley de la Carrera Militar, en relación con el art. 13 del Reglamento de Destinos, lo que excluye la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio, previstos en los art. 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al estar en presencia del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración militar en el contexto, como hemos declarado, de la especial relación de sujeción a la que se hallan sometidos los demandantes, como militares.

**NOVENO.-** Por último, los recurrentes solicitan se declare la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa frente a los actores por los daños ocasionados a consecuencia de los actos impugnados, en la cuantía equivalente a los gastos incursos por su fecha de cese anticipada y a los salarios correspondientes a su actual destino que dejaren de percibir, para el caso de que las resoluciones administrativas impugnadas no llegaran a suspenderse cautelarmente conforme a lo interesado en el primer OTROSÍ, en el caso de Carmelo por importe de 59.561,74 euros, más el correspondiente a una paga extraordinaria; y, en el caso de Braulio, por el de 103.177,13 euros, más el correspondiente a una paga extraordinaria y, además, las cuantías correspondientes a los gastos incursos por las circunstancias particulares expresadas anteriormente en los párrafos 61-62, que se acreditarán en el momento procesal oportuno.

Dicha pretensión no fue formulada ante la Administración demanda, de forma que, no se ha seguido la tramitación del oportuno procedimiento administrativo con el fin de analizar los requisitos que configuran la viabilidad de la responsabilidad patrimonial (acto, daño y nexo causal), además de que dicha responsabilidad no se predica de un acto nulo, sino por el hecho de las consecuencias derivadas del adelanto de la fecha de los ceses.





Además, de lo declarado no se desprende el reconocimiento de una situación jurídica que haga viable un pronunciamiento sobre la responsabilidad patrimonial invocada.

Así las cosas, procede la desestimación del recurso en todos sus argumentos, y la inadmisión en relación con la resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020.

**DÉCIMO.**- Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, han de imponerse las costas a la parte que ve rechazadas sus pretensiones.

Por lo expuesto,

## FALLAMOS

1.- **INADMITIR** el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador de los Tribunales, don Eduardo Centeno Ruiz, en nombre y representación de don Braulio y don Carmelo, contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 8 de mayo de 2020.

2.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo contra las Ordenes dictadas por el Ministerio de Defensa núm. 431/14406/20 y 431/14407/20, publicadas ambas en el Boletín Oficial de Defensa de 30 de septiembre de 2020, sobre el cese en los destinos en la AGREGADURÍA DE DEFENSA EN LA EMBAJADA DE ESPAÑA EN CARACAS.

Con expresa imposición de costas a la parte demandante.

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.