



Roj: **SAN 1868/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1868**

Id Cendoj: **28079230052023100295**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/04/2023**

Nº de Recurso: **983/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0000983 /2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03559/2021

Demandante: D. Íñigo

Procurador: SR. GARCÍA CRESPO, FRANCISCO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARGARITA PAZOS PITA

SENTENCIA N^o:

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

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a doce de abril de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 983/2021, promovido por el procurador de los tribunales D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de **D. Íñigo**, con la asistencia letrada de D. Fernando Veiga Conde, contra la resolución de la Ministra de Defensa, de fecha 26 de noviembre de 2020, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Orden 431/09163/20, de 19 de junio, del Subsecretario de Defensa, por la que se hace público el orden definitivo de clasificación para el ascenso, por el sistema de clasificación, al empleo de Teniente Coronel auditor durante el ciclo 2020/2021. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Es ponente la Ilma. Sra. **D^a Margarita Pazos Pita**, Magistrada de la Sección.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por resolución 431/09163/20, de 19 de junio, del Subsecretario de Defensa (BOD núm. 128, de 26 de junio) se publica el orden definitivo de clasificación para el ascenso, por el sistema de clasificación, al empleo de Teniente Coronel Auditor, figurando D. Íñigo en el puesto número 9 de 17 evaluados.

Interpuesto recurso de alzada por el interesado, fue desestimado por la resolución de la Ministra de Defensa, de fecha 26 de noviembre de 2020.

Ante ello, acude a la vía jurisdiccional.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando *"dicte en su día sentencia por la que, estimando el presente recurso, se condene al Ministerio de Defensa a que anule la Resolución 431/09163/20, del Subsecretario de Defensa, dictando nueva resolución en la cual acuerde el cambio en la ordenación de la evaluación, concediendo a esta parte el puesto 6 que legítimamente obtuvo en el proceso -en lugar del 9, como aparece en la resolución impugnada-, y escalafonando a mi representado en el empleo de Teniente Coronel desde la fecha que corresponda.*

(...) Igualmente, se solicita a la Sala que se reconozcan todos los derechos personales, profesionales y económicos inherentes a dicho ascenso, adoptando cuántas medidas fueren necesarias para llevar a efecto los anteriores pronunciamientos, con todos los derechos legales, económicos y administrativos inherentes al mismo, en particular reconociéndose tanto (1) el abono efectivo de las retribuciones correspondientes a la diferencia que existe entre el complemento de empleo y demás componentes del complemento específico asignado al empleo de Teniente Coronel desde la fecha en que se ha producido el ascenso del escalafonado con el número 6 (Teniente coronel auditor D. Jose Daniel) y (2) al percibo de los intereses legales de tales diferencias a percibir desde la fecha de la reclamación administrativa hasta su efectivo pago".

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se *" dicte sentencia que desestime el recurso contencioso administrativo, declarando la resolución impugnada conforme a Derecho, con expresa condena en costas a la parte recurrente".*

Con ello quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 11 de abril de 2023, en el que así ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de la Ministra de Defensa, de fecha 26 de noviembre de 2020, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Orden 431/09163/20, de 19 de junio, del Subsecretario de Defensa (BOD núm. 128, de 26 de junio), por la que se hace público el orden definitivo de clasificación para el ascenso, por el sistema de clasificación, al empleo de Teniente Coronel auditor durante el ciclo 2020/2021.

Se consigna en la resolución impugnada, entre otros extremos, que *" El recurrente, tras la evaluación llevada a cabo por la Junta de Evaluación Permanente, que ha ponderado los distintos grupos y elementos de valoración, obtiene el puesto número 6º con una puntuación de 163,89 puntos. Posteriormente, la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar informa dicha evaluación, indicando mediante Acta núm. 09/2020, de 22 de abril, acordada por unanimidad, en relación al recurrente, lo siguiente:*

«La Junta Superior ha tenido en cuenta, en primer lugar, el empleo al que van a ascender los oficiales evaluados, considerando, en este caso, muy positivamente la antigüedad que cada uno de ellos ostenta en el empleo actual y los destinos y responsabilidades que desarrollan, a la vista de la escasa diferencia en la puntuación entre algunos de ellos tras la realización de la evaluación por la Junta de Evaluación de carácter permanente.

En el caso de la comandante D^a. Maite , la Junta ha considerado muy positivamente el trabajo desarrollado los últimos años en un destino judicial, donde ha dado muestras sobradas de su capacidad y de su actitud hacia el servicio.

En el caso de los comandantes D^a. Marina , D. Jose Daniel y D^a. Matilde , se ha tenido en consideración no solo sus calificaciones positivas, sino, además, el testimonio personal positivo de los miembros de la Junta que, en estos casos, ha optado por cambiar el ordenamiento que tienen, entre ellos, en la actualidad, teniendo en cuenta los méritos de cada uno y la muy estrecha diferencia en la valoración realizada.»



A consecuencia de lo anterior, la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar decide reordenar la clasificación, pasando el recurrente del puesto 6º al 9º de 17 evaluados".

Tras relacionar la normativa aplicable en las evaluaciones para el ascenso por el sistema de clasificación, la resolución impugnada razona esencialmente que " *el fin último de seleccionar a los más capacitados para asumir mayores responsabilidades propias de los empleos superiores, justifica sin necesidad de un mayor esfuerzo interpretativo, que al margen de la suma de puntuaciones de los elementos a valorar, la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar pueda también atender a la consideración que en el ámbito profesional le merece la formación técnico legal y la calidad y la excelencia jurídico profesional de las cualidades de cada uno de los evaluados. Este es un cometido que claramente le compete a dicha Junta, cuyos miembros tienen los mayores empleos y, por ende, mayores responsabilidades, en el ámbito del Cuerpo".*

(...) El recurrente aduce ausencia de motivación en la resolución recurrida, habida cuenta que nos hallamos ante el uso de potestades discrecionales, que deben estar suficientemente motivadas.

(...) Como se vio, la resolución impugnada, al acoger el criterio y las razones manifestadas por la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar, contiene motivación suficiente de las razones de su adopción, y contra ella el interesado ha podido alegar e interponer los recursos que ha tenido por convenientes, como efectivamente ha hecho.

(...) Así pues, la existencia de la motivación es palmaria, y aunque pudiera debatirse acerca de su extensión, lo cierto es que es acorde con el objeto del procedimiento de ordenamiento de los militares evaluados y, sin introducir elemento o valoración negativa hacia el recurrente, sea en sus cualidades personales o en las profesionales, lo que hace es profundizar y ponderar en otros compañeros sus especiales méritos y aptitudes en el desarrollo de las funciones propias del Cuerpo Jurídico Militar que, no teniendo cabida en los elementos y conceptos preestablecidos en la evaluación o incluso teniendo tal reflejo, la Junta Superior entiende que su valoración no se acomoda en plenitud a la percepción que los mandos que integran dicha Junta poseen de los oficiales auditores cuyo orden alteró.

En el presente caso, por tanto, la evaluación del interesado se ha realizado conforme a lo establecido en la normativa expuesta, sin que quede acreditada la concurrencia de un defecto sustancial que fundamente la rectificación del orden asignado, ni se produzca una situación de indefensión, arbitrariedad o desviación de poder (...)".

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se aduce, entre otros extremos, que el IPEV del recurrente fija su puntuación total (163,89) y su número de orden (6), sin que la Junta de Evaluación haya aplicado coeficiente corrector alguno, por lo que no se produjo alteración en la ordenación, teniendo el primer clasificado una puntuación de 172,07 y el último 149,10 puntos.

Señala sustancialmente el actor que no discute el papel de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar en su función de "informar" recogida en el artículo 24.2 del Real Decreto 168/2009 y en el apartado primero, puntos 2º, 3º y 4º de la Orden Ministerial 17/2009, si bien invoca la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo en la materia, que aduce que delimita y concreta dicha facultad.

En todo caso -prosigue-, admitir que se pueda alterar el orden de clasificación resultante de la evaluación por parte de la Junta de Evaluación Permanente en prácticamente su totalidad -de los 12 primeros oficiales, se altera el orden a 11- enerva el sistema de evaluación por clasificación vigente, haciendo inútil el esfuerzo profesional de los oficiales llamados a ella.

Aduce que la alteración del resultado de la aplicación de los elementos normados requiere, por parte de la Junta Superior y del Subsecretario de Defensa, que de manera inequívoca y rigurosa se justifique dicha actuación con el superior nivel de rigor y exigencia que se recoge en las sentencias que invoca. Y señala que, tanto la resolución recurrida, como el proceso seguido para la evaluación para el ascenso, han incurrido en las siguientes infracciones:

I.- Uso inadecuado de potestades discrecionales por la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar.

Destaca, entre otros extremos, que la separación del criterio del órgano técnico de evaluación requiere, en palabras del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 19 de junio de 1985, que " *deben concurrir circunstancias especiales que lo justifiquen y que ello se explique suficientemente, lo que debe tener lugar en la motivación del acto en que tal desviación se produzca, para que los interesados conozcan el porqué de la decisión y para que, si la misma no les convence, puedan utilizar las vías impugnativas legales con conocimiento de causa.(...)"*.

II. Vulneración del principio de transparencia de la actuación administrativa, en la medida en que el proceso ha sido reservado y opaco.



III. Desviación de poder.

Aduce el actor que la actuación correctora llevada a cabo por la Junta Superior supera la facultad de "informar" que contempla el artículo 24 del Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, habiendo declarado la Audiencia Nacional que no puede ser una facultad "libérrima".

A lo que viene a añadir que, de admitir tal modo de proceder, se estaría permitiendo que se desdibuje el sistema de evaluación por clasificación, dada la motivación subjetiva esgrimida, que quiebra los principios de igualdad, mérito y capacidad necesaria en los procesos de ascenso.

Por su parte, la Administración demandada insta la desestimación del recurso deducido de adverso alegando sustancialmente que la justificación y motivación exigida por la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se cumple en el presente supuesto, pues se contiene en el Acta 1/2020 de 18 de mayo, de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar, cuya certificación consta en el expediente, que recoge los acuerdos que afectan al demandante, en particular los que determinaron que pasara del puesto 6 al 9 en el ordenamiento final.

Señala que de la motivación que consta en dicha Acta puede deducirse que se apreció en mayor medida la excelencia en la trayectoria profesional de los Oficiales a los que situó por delante del demandante.

Por ello -dice- la resolución impugnada, al acoger los criterios manifestados por la Junta Superior Jurídico Militar, contiene motivación suficiente de las razones de su adopción, y contra ella el demandante ha podido alegar e interponer los recursos que ha tenido por convenientes, como efectivamente ha efectuado, sin que tampoco se justifique la existencia de arbitrariedad en la resolución o desviación de poder.

TERCERO.- Sobre las cuestiones esenciales planteadas en el presente recurso y, en particular, sobre la necesidad de motivación y justificación de la modificación del orden de clasificación para el ascenso que pueda proponer el Consejo Superior del Ejército o la Junta Superior del Cuerpo Militar correspondiente, ya se ha pronunciado con anterioridad esta misma Sala y Sección en sentencias precedentes.

Así, en Sentencia de 7 de junio de 2017, recurso 155/2015, declaramos que: « Cabe destacar que la actuación de la Junta de Evaluación se precisa por la Orden 17/2009, en lo que ahora interesa, el sentido de que los grupos y elementos de valoración son puntuados por dicha Junta, estableciendo entre los aptos el orden de clasificación, debiendo proceder seguidamente a un estudio en detalle del resultado obtenido, pudiendo modificar, motivadamente, el orden de clasificación resultante, para lo cual ha de tener en cuenta tres circunstancias expresamente señaladas y con la cautela de que "estas posibles modificaciones se aplicarán de forma que el órgano de evaluación podrá modificar la nota final de los afectados que se consideren, en una cantidad que no supere el 10% de la diferencia entre la puntuación del primer clasificado y del último", siendo el resultado informado por el Consejo Superior del Ejército que corresponda, antes de ser elevado al órgano previsto en los procesos para la concesión de los ascensos (apartado sexto, números 6, 7 y 8) ».

Y añade esta Sentencia, así como la dictada con fecha 18 de octubre de 2017 en el recurso 441/2016, que:

"Ahora bien, la necesidad de motivación también la hemos exigido en los supuestos que el Consejo Superior del Ejército o la Junta Superior del Cuerpo Militar correspondiente insta la modificación de la ordenación propuesta por el órgano precitado, pues, como hemos dicho con anterioridad, "... nada impide que la modificación también pueda proponerse por el Consejo Superior en el informe que ha de elevar a la autoridad competente, a la que corresponde aprobar la ordenación en la clasificación, pues, como ha mantenido esta Sección en otra ocasión, la labor del Consejo Superior "no se reduce a un simple traslado de los resultados confeccionados por la Junta Permanente o a un juicio de verificación sobre el procedimiento legalmente establecido para efectuar la evaluación o a si las puntuaciones asignadas a cada uno de los evaluados se ajustan a la normativa vigente", de modo que puede que "su criterio coincida con el resultado de la evaluación realizada por la Junta Permanente o que su criterio se separe, total o parcialmente, de éste, lo que determinará que [se] proponga a la autoridad llamada a resolver su propio ordenamiento de los evaluados" (sentencia de 10 de mayo de 2017, recaída en el recurso 139/2016)".

Continúan las precitadas Sentencias diciendo: " Ahora bien, en estos últimos casos, la potestad de modificación de la puntuación y de la colocación de los evaluados hay que descartar que sea libérrima, pues de ser así no sólo caería por su base el complejo sistema de evaluación regulado sino que se consagraría una potestad contraria a los principios constitucionales de mérito y de capacidad que han de observarse en el ámbito de la función pública, incluida la militar. Es decir, sería incomprensible que se diseñe un procedimiento de evaluación, sometido a normas objetivas de valoración, y se autorice a que, en el tramo final, se pueda prescindir del mismo sin justificación alguna".



Como también destaca la sentencia de 8 de noviembre de 2017, en línea con las sentencias precedentes, arriba citadas, esta modificación exige "... más que una mera motivación, una justificación suficiente y adecuada, pues lo contrario, según se ha dicho, hace caer todo el sistema de evaluación, del que entonces perfectamente podría prescindirse, así como de la propia Junta de Evaluación, y atenta contra los principios básicos que inspiran la carrera militar".

Pues bien, en el supuesto de autos, la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar, reunida al objeto de informar sobre el resultado de la evaluación realizada por la Junta de Evaluación Permanente, procedió por unanimidad a modificar el ordenamiento definitivo, y, en particular, en lo que al presente recurso interesa, modificó el puesto del aquí recurrente, que ocupaba la posición número 6 de un total de 17 evaluados, pasando a ocupar la posición número 9, con fundamento en lo siguiente:

" La Junta Superior ha tenido en cuenta, en primer lugar, el empleo al que van a ascender los Oficiales evaluados, considerando, en este caso, muy positivamente la antigüedad que cada uno de ellos ostenta en el empleo actual y los destinos y responsabilidades que desarrollan, a la vista de la escasa diferencia en la puntuación entre algunos de ellos tras la realización de la evaluación por la Junta de Evaluación de carácter permanente.

En el caso de la Comandante Doña Maite , la Junta ha considerado muy positivamente el trabajo desarrollado los últimos años en un destino judicial, donde ha dado muestras sobradas de su capacidad y de su actitud hacia el servicio.

En el caso de los Comandantes Doña Marina , Don Jose Daniel y Doña Matilde , se han tenido en consideración no solo sus calificaciones positivas, sino, además, el testimonio personal positivo de los miembros de la Junta, que, en estos casos, ha optado por cambiar el ordenamiento que tienen, entre ellos, en la actualidad, teniendo en cuenta los méritos de cada uno y la muy estrecha diferencia en la valoración realizada".

Sin embargo, las calificaciones positivas, al igual que los destinos y las responsabilidades y trabajos desarrollados en los mismos, ya son tomados en consideración en la evaluación, sin que el "testimonio personal positivo" de los miembros de la Junta sobre los evaluados teniendo en cuenta los méritos de cada uno -que también habrán sido objeto de evaluación conforme a la correspondiente normativa-, sin ninguna otra explicación más allá de la " muy estrecha diferencia en la valoración realizada", pueda reputarse que entrañe la justificación exigible, pues no deja de expresar un juicio o criterio meramente subjetivo y personal y, como tal, insuficiente a los efectos que nos ocupan.

En este sentido, señala la resolución impugnada que lo que la Junta hace es " profundizar y ponderar en otros compañeros sus especiales méritos y aptitudes en el desarrollo de las funciones propias del Cuerpo Jurídico Militar", pero lo cierto es que la ponderación de factores objetivos y subjetivos no se justifica adecuadamente, sin que baste la remisión a elementos ya evaluados previamente o la mera afirmación apodíctica de la excelencia de unos evaluados sobre el preterido con base en juicios subjetivos de sus superiores jerárquicos y en detrimento, incluso, de quienes no pueden ser objeto de tal criterio personal al carecer de subordinación respecto de los integrantes de la Junta Superior.

Por lo tanto, existe motivación de la modificación efectuada, pero tal motivación se presenta injustificada y contraria a los principios de mérito y capacidad y, como tal, arbitraria, lo que determina, sin necesidad de ninguna otra consideración, la anulación de la resolución de la Ministra de Defensa, de fecha 26 de noviembre de 2020, así como de la Orden 431/09163/20, de 19 de junio, en cuanto modifica la posición del demandante en el puesto número 6 determinado por la Junta de Evaluación Permanente, por no ser conforme a derecho tal alteración, reconociendo al actor dicha posición número 6 en el ordenamiento definitivo para el ascenso, por el sistema de clasificación, al empleo de Teniente Coronel auditor durante el ciclo 2020/2021, con las consecuencias económicas y administrativas inherentes a dicha declaración.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse a la parte demandante.

Por todo lo expuesto

FA LLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. Íñigo** contra la resolución de la Ministra de Defensa, de fecha 26 de noviembre de 2020, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la Orden 431/09163/20, de 19 de junio, del Subsecretario de Defensa, por la que se hace público el orden definitivo de clasificación para el ascenso, por el sistema de clasificación, al empleo de Teniente Coronel auditor durante el ciclo 2020/2021, que se anulan en cuanto modifican la posición del



demandante en el puesto número 6 determinado por la Junta de Evaluación en los términos fijados en el fundamento derecho tercero *in fine* de la presente sentencia.

Con expresa imposición de 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 **no** tificación; 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