

## EDJ 2011/114405

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 8-6-2011, rec. 37/2011

Pte: Resa Gómez, Ana Isabel

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### DEFENSA NACIONAL

##### FUERZAS ARMADAS

Régimen jurídico

Honores y recompensas

Régimen disciplinario

En general

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita RD 1189/2000 de 23 junio 2000. Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo

Cita art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.10 de RD 223/1994 de 14 febrero 1994. Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo

Cita Ley 85/1978 de 28 diciembre 1978. Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada y

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la Resolución de la Ministra de Defensa de 31 de julio de 2009 por la que se resuelve dar de baja al recurrente en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, de conformidad con la propuesta elevada en ese sentido por la Asamblea de la Orden, acordada en sesión de 21 de julio de 2009.

Turnado al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 7, fue admitido a trámite, tramitado el mismo, el procedimiento terminó por sentencia de 29 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Esteban contra la resolución de la Ministra de Defensa de 31 de julio de 2009, por la que se resuelve dar de baja al recurrente en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, de conformidad con la propuesta elevada en ese sentido por la Asamblea de la Orden, debo declarar y declaro que la mencionada resolución es ajustada a derecho.

Notificada dicha sentencia, por el demandante se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y al que se opuso el Abogado del Estado, elevándose las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones y turnadas a esta Sección, se señaló para votación y fallo del recurso de apelación el día siete de junio del presente año, en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA ISABEL RESA GOMEZ, Magistrada de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derechos de la sentencia apelada y

PRIMERO.- La repetición por la parte apelante de los argumentos que fundamentan su recurso de apelación, bajo los mismos postulados que los articulados en su demanda, que han sido justa y correctamente examinados y rechazados por el Juez a quo, obligan a esta Sala a una reiteración de las razones jurídicas aducidas en la sentencia apelada, de otra parte sumamente razonada y acertada.

En efecto, recordemos que el hoy apelante ha sido condenado con fecha 3 de julio de 2006 por sentencia 26/06 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 4 de Colmenar Viejo por delitos de desobediencia y contra la seguridad del tráfico a las penas que se indican. Con fecha 17 de septiembre de 2008 en sentencia num. 114, el Tribunal Militar Central visto el recurso contencioso-administrativo 51/08 revoca la resolución sancionadora de la DGPGC de 21 de febrero de 2007 e impone la sanción de pérdida de doce días de haberes con suspensión de funciones como autor de una falta grave prevista y sancionada en el num. 29 del art. 8 de la Ley 12/07, consistente en haber sido sancionado en virtud de sentencia firme por un delito doloso.

Así las cosas, por la Asamblea Permanente de la Orden de San Hermenegildo, en sesión de 30 de enero de 2008, inició el expediente de permanencia o baja en la Orden, en el que el instructor consideró que resultaba aplicable el artículo 22.1 b) del Reglamento de esta Orden, pero declarada la caducidad del expediente se inicia un nuevo expediente, al considerar que incurre en el impedimento fijado en el art. 22.1.c) del Reglamento, acordándose dicha baja por resolución de fecha 31 de julio de 2009 de la Ministra de Defensa.

SEGUNDO.- El precepto aplicado es el art. 22.1 c) del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, aprobado por Real Decreto 1189/2000, de 23 de junio EDL 2000/83657 y que bajo la rúbrica de Impedimentos, señala lo siguiente:

1.- No podrán ingresar, ascender, ni permanecer en la Orden:

a) los condenados a pena principal o accesoria de pérdida de empleo o suspensión de empleo.

b) Los sancionados en virtud de expediente gubernativo, con separación del servicio, suspensión de empleo o pérdida de puestos en el escalafón.

c) Los que a juicio motivado de la Asamblea Permanente, aun teniendo invalidadas las notas desfavorables en su hoja de servicio, atendidos los antecedentes que sirvieron a las notas invalidadas y las calificaciones personales periódicas, se considere que por naturaleza de los hechos que los originaron, por su repetición o por otras circunstancias, no pueden ser considerados observantes de una intachable conducta, a tenor de lo que indican la Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Dicho esto, esta Sección en un supuesto coincidente en los hechos y su significación jurídica, en sentencia de 18 de abril de 2007, recurso 229/06 estima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de fecha 18 de abril de 2005 dictada por el Juzgado Central num. 7 de lo Contencioso-Administrativo de esta Audiencia Nacional, que estimaba el recurso contencioso-administrativo formulado contra resolución que acordaba la baja del interesado en la Orden de San Hermenegildo, en base al mismo artículo 22.1. c) en cuestión.

Así, con independencia de la historia y conducta militar que pueda arrojar la documentación facilitada en el expediente, y que esta Sala, en modo alguno puede ni debe enjuiciar, es lo cierto que el concepto de conducta intachable, ha de enmarcarse en un contexto ajeno a cualquier procedimiento disciplinario, No es este el sentido y finalidad del expediente que nos ocupa, que ha de interpretarse en un contexto perteneciente a lo que podríamos calificar como derecho premial u honorario en el que la Administración, a través de la Asamblea Permanente, o recompensa a sus servidores, o una vez recompensados les priva de este beneficio, lo que se enmarca en conceptos más propios de la profesionalidad y ética militar que, en este caso, por una previa condena penal y la disciplinaria que le siguió, aún cancelada, se entiende reprochable por el órgano facultado para ello, cual es la Asamblea Permanente.

TERCERO.- Esta concreta cuestión ha sido examinada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de junio de 2001, dictada en recurso en interés de Ley num. 5207/2000, frente a la sentencia de esta misma Sala y Sección, de 6 de abril de 2000, la cual establece:

"CUARTO.- Como ha afirmado la jurisprudencia de este Tribunal y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así en sentencias constitucionales números 69/89, 116/93 y 227/93, entre otras) la utilización de los conceptos genéricos por parte de las leyes, lo que sucede en el caso de las expresiones a las que expresamente se refiere el artículo 10.1 del Real Decreto 223/94 EDL 1994/14928 cuando alude al concepto "conducta intachable" implica una conceptualización cuya concreción ha de ser razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que tales criterios permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de infracción, generadoras de la tesis denegatoria propiciada por la Administración, ya que el otorgamiento de una primaria presunción de veracidad a las actuaciones dimanantes del expediente administrativo ha de descansar, en el caso examinado, en unas realidades de hecho, debidamente acreditativas de tal conclusión.

QUINTO.- En efecto, la utilización de conceptos como "conducta intachable" se proyecta en el ámbito constitucional, implican un comportamiento no generador de vulneración del ordenamiento jurídico, en sus diversas manifestaciones y reconoce la posibilidad del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes prevenidos en el Título I de la Constitución (artículos 14 a 52), en conexión con el artículo 10.2 y los derechos y deberes reconocidos en los textos internacionales: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos y Culturales (1966) así como la jurisprudencia interpretativa del TEDH, que en la cuestión examinada, han facultado a la Administración militar para denegar la concesión del ingreso del recurrente en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, por constar acreditadas en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, la existencia de vulneración en los elementos constitutivos e integradores del concepto jurídico indeterminado "conducta intachable".

SEXTO.- El Abogado del Estado considera errónea la sentencia recurrida porque su doctrina implica contradecir el correcto cumplimiento de la normativa reguladora de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo que siempre y desde su nacimiento ha pretendido que de la misma "fuesen parte aquellos dignos oficiales que con la renuncia de sus propias conveniencias y libertades dedicasen lo mejor de su vida al servicio de los Ejércitos contribuyendo con su lealtad, constancia y acrisolado honor, al buen orden y prestigio de las armas", y que igualmente ha insistido en requisitos tales como "intachable proceder" y "contribuyan a conservar el buen orden, disciplina y subordinación".

En este sentido, el ordenamiento de aplicación, según lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 223/94, de 14 de febrero EDL 1994/14928 que aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, serían las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por la Ley 85/1978 de 28 de diciembre EDL 1978/3891, pues la condición exigida en dicho artículo de observar una conducta intachable, lo ha de ser "a tenor de lo que establece las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas".

De este modo ha de señalarse que la conducta del interesado no ha debido ser calificada de intachable, puesto que choca frontalmente con diversos preceptos de las Reales Ordenanzas, entre los que podría señalarse: Artículo 28: La disciplina obliga a mandar con responsabilidad; Artículo 42: Velará por el buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio, no dando motivos de escándalo;

Artículo 43 : Será cortés y deferente en su trato y relaciones con la población civil; Artículo 75 : El que estuviera al mando de una Unidad será responsable de su disciplina y buen gobierno. En nada se separará de las Ordenanzas; Artículo 89 : Obedecerá las órdenes de sus superiores; Artículo 90 : Velará por la observancia de la disciplina en su Unidad; Artículo 91 : Evitará toda arbitrariedad; Artículo 93 : Será prudente en sus decisiones; Artículo 98 : Empleará al personal a sus órdenes en los puntos y cometidos establecidos reglamentariamente; Artículo 101 : Se granjeará el aprecio y confianza de todos con su competencia y discreción; Artículo 107 : Administrará con ponderación e integridad los medios y recursos de que disponga, evitando todo concurso innecesario con daño para el servicio y posible quebranto del erario.

SEPTIMO.- En el caso examinado y ante el análisis de los preceptos citados como infringidos por el Abogado del Estado, se comprueba que el recurrente cometió faltas de tal naturaleza que impiden considerar como intachable su conducta a efectos de ingreso en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo y la consecuencia de todo lo alegado es que la doctrina de la sentencia de 6 de abril de 2000 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional resulta jurídicamente errónea por lo que concurren los requisitos exigidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para estimar este recurso de casación en interés de la ley."

CUARTO.- Esta doctrina debe ser puesta en relación con la sanción penal impuesta al apelante, y la consiguiente disciplinaria, aún después cancelada, apareciendo que la actuación personal del interesado, que el órgano administrativo competente valora con trascendencia y entidad, no reúne el requisito de haber observado una conducta intachable durante el tiempo de efectividad necesario para seguir en la Real y Militar Orden.

Este juicio de valor compete a la Administración, en cuanto objetiva la conducta militar intachable con los principios proclamados por las Ordenanzas de la Guardia Civil, concretamente en el artículo 5 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al no haber acomodado su actuación al ordenamiento jurídico vigente, ya que no veló debidamente, en consonancia con el artículo 42 de las RR. OO. de las FAS, por el buen nombre de la colectividad militar y por el suyo propio, en cuanto miembro de ella, manifestando con su forma de proceder los principios que animan su conducta y el propósito de no dar motivo alguno de escándalo; desprendiéndose de todo ello por dichos motivos deja de ser merecedor de la recompensa y distinción que la Real y Militar Orden de San Hermenegildo otorga a la intachable conducta de sus miembros.

La valoración de la conducta intachable como condición reglada inexcusable para el otorgamiento de la recompensa militar, constituye un juicio de valor que ha de efectuar el órgano técnico de la Administración, sin que pueda ser sustituido por el que pueda emitir el órgano jurisdiccional, quien por imperativo normativo esta llamado a revisar la actuación administrativa, pero nunca a suplantar la actividad a desarrollar por la misma, máxime, cuando en la actuación sujeta a revisión jurisdiccional existen componentes que han de ser encuadrados en el ámbito de la potestad discrecional administrativa, en el que la función de los tribunales de justicia queda circunscrita a determinar la concurrencia de los elementos reglados del acto y la existencia, en su caso, de motivación y que esta sea racional y lógica.

Por las razones expuestas procede desestimar el recurso de apelación formulado, y de conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa EDL 1998/44323 , sin imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales y demás de aplicación.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por D. Esteban, contra la sentencia dictada, en fecha 29 de noviembre de 2010, por la Il.tra. Sra. Magistrado-Juez Central de lo Contencioso-Administrativo número 7 de la Audiencia Nacional, en Procedimiento Abreviado número 444/09, debemos confirmar la referida sentencia; con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante, y se decreta la pérdida del depósito judicial constituido para apelar.

Así, por esta nuestra sentencia que es firme, y de la que se llevara testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, en la forma acostumbrada, de todo lo cual yo, la Secretaria Judicial, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230052011100581