

## EDJ 2008/163943

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 11-9-2008, rec. 61/2008

Pte: Mateo Menéndez, Fernando de

### ÍNDICE

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

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### DEFENSA NACIONAL

##### FUERZAS ARMADAS

Régimen jurídico

Organización

Ejército de tierra

Régimen disciplinario

Procedimiento

Infracciones y sanciones

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

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

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

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2007 recayó sentencia dictada en el procedimiento ordinario 445/06 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 9 , cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando el Recurso Contencioso administrativo planteado por D. Octavio contra la resolución a que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia, debo declarar ajustada a derecho la resolución que se impugna, absolviendo a la Administración demandada de las pretensiones en su contra planteadas. Sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, mediante escrito razonado, que fue admitido, dándose traslado a las demás partes para que en plazo legal formalizaran su oposición, lo que efectuaron, adhiriéndose a la apelación la parte actora.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se señaló para votación y fallo el día 10 de septiembre del presente año, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando de Mateo Menéndez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en apelación por la parte demandante la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 en fecha 12 de diciembre de 2007 , recaída en el procedimiento abreviado núm. 445/06, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de 14 de julio de 2006 del Ministro de Defensa, que dio su conformidad y resolución favorable a la propuesta de la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo de 25 de mayo de 2006, en la que se propuso la baja del apelante en la citada Orden.

Aduce el apelante, Subteniente de la Escala de Suboficiales del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, que hay que poner en relación con el art. 22.1.c) del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo con el punto tercero del reseñado art. 22 , no siendo de aplicación al apelante este último precepto ya que no concurren en sus calificaciones las circunstancias contenidas en el mismo.

SEGUNDO.- La Administración da de baja en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo al apelante en base al art. 22.1.c) del Real Decreto 1189/2000, de 23 de junio EDL 2000/83657 , por el que se aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, por no haber observado la intachable conducta y comportamiento que para el militar establecen las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. El citado precepto establece: "1. No podrán ingresar, ascender, ni permanecer en la Orden...., c) Los que a juicio motivado de la Asamblea Permanente, aun teniendo invalidadas las notas desfavorables en su hoja de servicios, atendidos los

antecedentes que sirvieron a las notas invalidadas y las calificaciones personales periódicas, se considere que por la 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 las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas". Dicha causa de baja en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, es independiente de la prevista en el apartado 3 del reseñado art. 22, no siendo necesaria la concurrencia de ambas tal y como pretende el apelante, estableciendo el citado apartado 3 que "Asimismo, no podrán ingresar o causar baja en la Orden, cuando, a juicio de la Asamblea Permanente, se estime que no deben pertenecer o permanecer en la misma los que tengan dos o más calificaciones anuales consecutivas con valoración «inferior» o «muy inferior» a la media, en el concepto «disciplina», o que gocen de «prestigio profesional» con nivel «bajo», «nulo» o «negativo», en los informes personales de calificación".

TERCERO.- Así las cosas, en relación con el concepto de conducta intachable, esta Sección en la Sentencia de 18 de abril de 2007 ha declarado que ... ha de marcarse 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 militar, 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, acorde en este caso a la propuesta del instructor.

Respecto a lo que se nos dice en el escrito de la parte apelada, en el que se alude a que el concepto de conducta intachable que ha sido analizado en diversas sentencias de esta Sala en la que el recurrente tenía notas desfavorables canceladas, como es el caso, le ha sido reconocida dicha conducta, y por lo tanto el requisito para su ingreso en la Orden, en sentencia de 6 de abril del 2000, 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 núm. 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.- A la luz de esta doctrina, puesto en relación con las sanciones disciplinarias impuestas al apelante, aun después canceladas, aparece que la actuación personal del interesado que el órgano administrativo competente valora con la trascendencia y entidad para considerar que no reúne el requisito de haber observado una conducta intachable durante el tiempo de efectividad necesario para seguir en la Real y Militar Orden.

Como decíamos en nuestra anteriormente reseñada Sentencia de 18 de abril de 2007 , "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, no como Guardia Civil 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 determinan la concurrencia de los elementos reglados del acto y la existencia, en su caso, de motivación y que esta sea racional y lógica".

En consecuencia, la Administración ha aplicado correctamente el Real Decreto 1.189/2000, de 23 de junio EDL 2000/83657 , habida cuenta de las varias sanciones disciplinarias impuestas al apelante, y recogidas en la resolución administrativa impugnada y en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de instancia, aunque las mismas se encuentren canceladas, debiéndose desestimar el recurso de apelación.

QUINTO.- De conformidad con el art. 139 del a Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas de esta apelación a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Pozo Calamardo, en nombre y representación de D. Octavio , contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 en fecha 12 de diciembre de 2007 , recaída en el procedimiento abreviado núm. 445/06, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de 14 de julio de 2006 del Ministro de Defensa, que dio su conformidad y resolución favorable a la propuesta de la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo de 25 de mayo de 2006, en la que se propuso la baja del apelante en la citada Orden, procede confirmar la misma; con expresa imposición de las costas de esta apelación a la parte apelante.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno.

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

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, en la forma acostumbrada, en Madrid, a de de 2008, de todo lo cual yo, el Secretario Judicial, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230052008100440