



Roj: **SAN 4276/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4276**

Id Cendoj: **28079230052022100416**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/09/2022**

Nº de Recurso: **47/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ALICIA SANCHEZ CORDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN QUINTA**

**Núm. de Recurso:** 0000047 /2022

**Tipo de Recurso:** APELACION

**Núm. Registro General :** 00146/2022

**Apelante:** D. Millán Y D. Oscar

**Apelado:** MINISTERIO DE DEFENSA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO

### **SENTENCIA EN APELACION**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

**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 veintiocho de septiembre de dos mil veintidós.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso de apelación número 47/2022, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores González Company, en nombre y representación de **D. Millán y D. Oscar**, contra la sentencia de 21 de enero de 2022, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 11 en el procedimiento abreviado número 52/2021.

Ha sido parte apelada la Administración demandada, representada por la Abogada del Estado.

Es ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup> Alicia Sánchez Cordero**, magistrada de la Sección.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por Orden 431/13828/03, de 6 de agosto, se concedió la Cruz del Mérito Naval, con distintivo azul, al Teniente Coronel de la Armada D. Millán y el Sargento Primero D. Oscar, por su participación en la Operación



Socotora, que tuvo lugar el 9 de diciembre de 2002, en relación a su participación en el Trozo de Visita y Registro de la Fragata «Navarra» en el abordaje al buque mercante norcoreano «So San».

Presentadas solicitudes de modificación del distintivo, de azul a rojo, fueron desestimadas por sendas resoluciones de 15 de febrero de 2021, de la Ministra de Defensa, que acordó el archivo de las actuaciones al considerar que los hechos en que participaron no son merecedores de la Cruz del Mérito Naval con distintivo rojo.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fue turnado al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 11, se admitió a trámite, siguiéndose las normas del procedimiento abreviado y terminando por sentencia de 21 de enero de 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *«FALLO: DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resoluciones de 15/02/2021 de la Ministra de Defensa que acuerdan el archivo de las actuaciones al considerar que los hechos en los que participó el Teniente Coronel de la Armada Don Millán y el Sargento Primero D. Oscar, no son merecedores de la Cruz del Mérito Naval con distintivo rojo, por considerarlas ajustadas a Derecho. Se condena en costas a la parte actora con la limitación expresada en el último Fundamento de Derecho.»*

Notificada dicha sentencia a las partes, por la parte recurrente se ha interpuesto recurso de apelación, al que se ha opuesto la Administración demandada.

**SEGUNDO.**- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnadas a esta Sección, se señaló para votación y fallo del recurso de apelación el 27 de septiembre de 2022, en el que así ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El recurso de apelación se dirige contra la sentencia por la que el Juez Central ha desestimado el recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, ha confirmado la resolución ministerial que acordó el archivo de la solicitud de modificación de que la Cruz del Mérito Naval que se les concedió inicialmente con distinto azul, pase a ser con distintivo rojo.

La sentencia impugnada, tras reproducir los artículos 36 y 37 del Real Decreto 1040/2003, razona que no se establece una equiparación automática, como parecen pretender los demandantes, sino solo cuando sean aplicables dichos artículos, lo que corrobora el último párrafo de la Disposición Adicional del Real Decreto 1040/2003 que establece que tal modificación solo será promovida, «en su caso». Considera que los presupuestos fácticos establecidos en los artículos 36 y 37 del Real Decreto deben ser plenamente cumplidos en todo caso para obtener el distintivo rojo y, en este caso, se ha valorado que no se cumplían en toda su plenitud por las razones expresadas en el informe del Mando de Operaciones (MOPS) de fecha 20 de octubre de 2020.

Los apelantes aducen la sentencia de esta Sección de 19 de septiembre de 2018, en que se analiza un caso idéntico al de autos, relativo a compañeros suyos condecorados por los mismos hechos considerando que la sentencia se ha apartado de esta doctrina y hace una interpretación de la Disposición Adicional Única del reglamento de recompensas militares equivocada pues no permite volver a valorar los hechos que dieron lugar a la concesión de la Cruz del Mérito Naval, alegando cosa juzgada administrativa. Mantienen que no solicitaron la concesión de la Cruz del Mérito Naval, que ya tienen, sino la conversión del distintivo azul al rojo. Añaden que la expresión "en su caso" se refiere a la "delimitación temporal" de la retroactividad que contiene el párrafo 1º: a partir de la entrada en vigor Reglamento general de recompensas militares o durante el desarrollo de misiones en el exterior que se encontraban en curso en el momento de la entrada en vigor del mismo, no a la aplicación de los artículos 36 y 37. Por último, se alega que se trata de una recompensa que ya han obtenido y que no es revisable su concesión y que la consecuencia jurídica que establece la norma es imperativa: «...las autoridades.....promoverán la modificación....» dado que el supuesto de hecho recogido en el derogado Reglamento de 1995 (art. 10.1.a)) como causa de la concesión de la Cruz con distintivo AZUL, ha pasado a ser en el actual Reglamento de 2003 causa de la concesión de la Cruz con distintivo ROJO.

La Abogada del Estado dice compartir la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que pueda acogerse la interpretación pretendida por los recurrentes que no puede prevalecer frente a la interpretación literal, sistemática y lógica de la norma.

**SEGUNDO.**- Esta Sección se ha pronunciado ya sobre la interpretación de la retroactividad de la Disposición Adicional Única del Real Decreto 970/2007, de 13 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, en dos sentencias de 19 de septiembre de 2018 (apelación 35/2018) y 14 de noviembre de 2018 (apelación 79/2018), ambas referidas



a personal de la Armada por su participación en la Operación Socotora, por lo que, en aras de la unidad de doctrina, no cabe sino reproducir lo ya resuelto, en lo que resulte de aplicación en este caso.

Dijimos en la primera de las sentencias, invocada por los apelantes:

« *SEGUNDO.- Para abordar las cuestiones planteadas en este recurso de apelación ha de tenerse en cuenta que la Cruz del Mérito Naval, con distintivo azul, se concedió a los apelados por Orden 431/11505/03, de 7 de julio, al amparo de lo previsto en Reglamento de las Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico y otras normas sobre recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1323/1995, de 28 de julio, en concreto, según consta en el Boletín Oficial de Defensa número 133, de 10 de julio de 2003, "por su participación en la «OPERACIÓN SOCOTORRA», efectuada el 9 de diciembre de 2002 en el marco de la operación "Libertad Duradera".*

*Es claro, por tanto, que la distinción obedece a ese hecho concreto, no a la intervención en toda la operación "Libertad Duradera", que tuvo lugar de 2002 a 2004, como, además, se acredita por la lectura de las felicitaciones que se recibieron al respecto.*

*Partiendo de esta circunstancia cobra toda su importancia la problemática relativa a la retroactividad planteada en la sentencia y en el recurso de apelación e, incluso, advertida en algunos informes obrantes en los expedientes administrativos, ya que el Reglamento de 1995 fue derogado por el Reglamento general de recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, que entró en vigor el 5 de diciembre de 2003, es decir, con posterioridad a los hechos y la misma concesión de la Cruz, por lo que sólo de preverse la retroactividad de este último sería admisible la pretensión de los apelados, que es lo que la Juez Central ha entendido que sucede.*

**TE RCERO** .- Como acertadamente se recuerda en el escrito de apelación y en el de oposición al mismo, conforme al artículo 2.3 del Código Civil, "Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario" -por el contrario, no se entiende bien la invocación en el de oposición de la disposición transitoria primera del mismo Código, ya que aquí se suscita una cuestión de sucesión reglamentaria respecto de una recompensa ya concedida-, lo que supone que las normas tienen una vocación para el futuro, sin perjuicio de que ellas mismas establezcan un alcance anterior, constituyendo la retroactividad la excepción a la regla general.

Según se indica, también correctamente, por la Administración apelante, el Real Decreto que aprobó el Reglamento de 2003 contenía dos disposiciones transitorias, relativas a "Procedimientos en curso y condecoraciones reconocidas por la normativa anterior" (primera) y a "Pensiones y derechos inherentes a las recompensas militares establecidos por la normativa anterior" (segunda), sin que previera posibilidades de aplicación retroactiva.

Sin embargo, el Real Decreto 970/2007, de 13 de julio, por el que se modifica el Reglamento de 2003, contiene una disposición adicional única dedicada, precisamente a la "Retroactividad de la norma", que fue objeto de una modificación por el Real Decreto 1674/2010, de 10 de octubre, y, aunque transcrita en la sentencia apelada, también ahora conviene reproducir en su última redacción, pues dice:

*"El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, iniciarán de oficio los procedimientos necesarios para la concesión de Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico, con distintivo rojo, al personal que, como consecuencia de lo previsto en los artículos 36 y 37 del Reglamento general de recompensas militares, se haya hecho acreedor de dichas recompensas, siempre que las acciones, hechos o servicios recompensados se hubieran producido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de recompensas militares o durante el desarrollo de misiones en el exterior que se encontraban en curso en el momento de la entrada en vigor del mismo.*

*Si por los mismos hechos se hubiesen concedido ya Cruces del Mérito Militar, del Mérito Naval o del Mérito Aeronáutico, con distintivo diferente al rojo, las autoridades mencionadas en el párrafo anterior promoverán la modificación, en su caso, de la recompensa militar inicialmente concedida."*

*Esta disposición, como se señala en la sentencia apelada, contempla dos supuestos, aunque totalmente relacionados, pues, así como el primero se refiere a la posibilidad de conceder las Cruces con distintivo rojo al personal que, conforme a la nueva regulación, es merecedor de las mismas, el segundo establece la posibilidad de cambio a ese distintivo respecto de quienes ya obtuvieron las Cruces. Ahora bien, en ambos casos, con un ámbito de aplicación delimitado mediante una doble alternativa: por un lado, que las acciones, hechos o servicios se hayan producido a partir de la entrada en vigor del Reglamento de 2003, lo que supone un gran amplitud material pero una importante limitación temporal; por otro lado, que el merecimiento de la recompensa se haya producido durante el desarrollo de misiones en el exterior que se encontraban en curso cuando se produjo aquella entrada en vigor, lo que significa ampliar el ámbito temporal, pero reducir el sustantivo, pues ya no se trata de acciones, hechos o servicios, sino, concretamente, de misiones en el exterior.*



Nótese a estos efectos que fue la modificación llevada a cabo por el Real Decreto 1674/2010 en el Real Decreto 970/2007 la que adicionó al primer párrafo la segunda alternativa "o durante el desarrollo de misiones en el exterior que se encontraban en curso" cuando entró en vigor el Reglamento de 2003, además de la que se indica en el escrito de apelación, que ignora la que se acaba de reseñar. A este respecto es sumamente ilustrativa la exposición de motivos de dicho Real Decreto 1674/2010, cuando dice que la limitación temporal establecida en el Real Decreto 970/2007 "ha provocado que supuestos de hecho similares durante las mismas misiones estén teniendo un reconocimiento distinto dependiendo del momento en que se hayan producido. Para evitar esta desigualdad en el tratamiento de las recompensas se promueve una modificación de la disposición adicional única del Real Decreto 970/2007, ampliando los supuestos a aquellos hechos correspondientes a misiones en el exterior que se encontraran en curso en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, con independencia de que los hechos concretos se hubieran producido antes o después de esta fecha" (segundo párrafo).»

Se explica también en dicha sentencia que «[...] también procede la conversión a distintivo rojo en el supuesto de obtención de Cruces al Mérito Naval con ocasión del desarrollo de una misión en el exterior en curso cuando se produjo la vigencia del Reglamento de 2003, como sucedió en el caso, pues las Cruces se debieron a hechos producidos durante la operación "Libertad Duradera", por más que el hecho concreto fuera anterior, pues la disposición adicional es muy clara al respecto al mencionar las misiones en el exterior, sin mayor precisión, y esa misión fue la indicada y no se ha acreditado que no se estuviera desarrollando en aquel momento, es más, figura en un informe de 14 de noviembre de 2012, obrante en el expediente, que "La OPERACIÓN SOCOTORA, que tuvo lugar en el marco de la Operación «LIBERTAD DURADERA» en la que España participó entre los años 2002 y 2004", así como en otro informe de 30 de noviembre de 2012 que "Por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2004 se decidió la finalización de la participación Española en esta Operación".

En la segunda sentencia referida, la de 14 de noviembre de 2018 (apelación 79/2018) añadimos que;

« El precepto emplea el término de "modificación" de la recompensa militar "inicialmente concedida". Para cumplir esta finalidad, las autoridades a las que se refiere el precepto, es decir, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, "promoverán", no exige la norma, como sí hace para la "concesión" de dichas recompensas militares, el "inicio de oficio" del correspondiente expediente administrativo, sino que expresa que estas autoridades "promoverán" la "modificación".

Esto supone, que en los casos de "modificación" del distintivo de la recompensa militar, no exige una nueva valoración de los hechos por los que se concedió la primera de las cruces, que se mantienen inalterables y fueron, discrecionalmente, apreciados por la Administración militar, con la consiguiente nueva "motivación", pues, como hemos declarado, estamos ante una "modificación" del distintivo de la Cruz ya otorgada o reconocida, no de la propia Cruz, de la recompensa militar.

Ese "promover", conforme a su origen etimológico (del latín, *promovere*, "mover o empujar hacia adelante") supone el "impulsar, estimular o favorecer el desarrollo o la realización de algo"; en el presente caso, la actividad de dichas autoridades tendentes a adecuar a la nueva normativa aquellas recompensas afectadas, es decir, las concedidas a todos aquellos militares en reconocimiento de unos hechos por los que se hicieron acreedores de la misma, y a los que la norma favorece con la "modificación". No se trata de reabrir nuevos expedientes para reconocimiento de la recompensa o del mérito, pues los hechos son inmutables y no pueden ser objeto de revisión, sino de, primero, comprobar los militares que se encuentran en el supuesto a los que se refiere la norma; y segundo, procede "de oficio" a la "modificación" del color del distintivo de la Cruz ya concedida.

Esa actuación excluye la "discrecionalidad", pues es la propia norma la que expresa el mandato del legislador de "promover" esa "modificación", sin que por los interesados o afectados por la norma legal deban, individualmente, acudir a la autoridad militar para que actúe conforme a lo establecido en dicha norma.»

En conclusión, la motivación de la modificación del distintivo de la Cruz del Mérito Naval ya concedida está determinada por la propia Disposición Adicional Única del Real Decreto 970/2007, párrafo segundo: (i) por los mismos hechos que fundamentaron la concesión de la Cruz del Mérito Naval ya reconocidos por la Administración militar; (ii) durante el desarrollo de misiones en el exterior que se encontraban en curso cuando se produjo la entrada en vigor del Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto - el 5 de diciembre de 2003; (iii) debía procederse de oficio a la modificación del distintivo azul reconocido al distintivo rojo.

En base a todo ello, procede la estimación del recurso de apelación y del recurso contencioso-administrativo, siendo procedente lo solicitado por los apelantes, esto es, la modificación el color del distintivo correspondiente a la Cruz del Mérito Naval que se le otorgó por Orden 431/13828/03, de 6 de agosto, por su participación en la Operación Socotora, pasando del azul al rojo.



**CUARTO.**- En cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se hace pronunciamiento expreso en ninguna de las instancias.

#### FALLAMOS

**ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Millán y D. Oscar** , contra la sentencia de 21 de enero de 2022, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 11 en el procedimiento abreviado número 52/2021, que se anula, declarando el derecho de los recurrentes a que la Cruz del Mérito Naval que se les concedió inicialmente con distintivo azul, pase a ser con distintivo rojo.

Sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes en ambas instancias.

Así se acuerda, pronuncia y firma.

**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.