



Roj: **SAN 3027/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3027**

Id Cendoj: **28079230052024100356**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/06/2024**

Nº de Recurso: **142/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0000142 /2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01493/2022

Demandante: D. Horacio

Procurador: SRA. GÓMEZ SÁNCHEZ, RAQUEL

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. ALICIA SÁNCHEZ CORDERO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MARGARITA PAZOS PITA

D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a cinco de junio de dos mil veinticuatro.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 142/2022, promovido por **D. Horacio**, representado por la procuradora de los tribunales D^a. Raquel Gómez Sánchez y con la asistencia letrada de D^a. Gema Gallego Gallego, contra la resolución de 23 de julio de 2021 de la Subsecretaría de Defensa, actuando por delegación de la Ministra, desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la Orden 431/04673/21, de 23 de marzo, de la misma autoridad, de cese en destino. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Es Ponente la **Ilma. Sra. D^a. Fátima de la Cruz Mera**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Me diante Or den 431/04673/21, de 23 de marzo, de la Subsecretaria de Defensa, actuando por delegación de la Ministra, publicada en el BOD número 61 de 30 de marzo, se acordó el cese de D. Horacio , Cabo Primero del Cuerpo General del Ejército de Tierra Escala de Tropa, en el destino en la UME-BATALLÓN DE INTERVENCIÓN IV (ZARAGOZA), pasando a la situación de servicio activo pendiente de asignación de destino, en Zaragoza, con efectos a partir del día siguiente de su publicación en el BOD.

Disconforme, interpuso recurso de reposición, resuelto en sentido desestimatorio por resolución de la misma autoridad de 23 de julio siguiente, frente a la que acude a esta vía jurisdiccional, impugnándola.

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 Sentencia por la que se declare no ser conforme a derecho la resolución impugnada, declarando la nulidad de la misma, procediendo a estimar el presente recurso contencioso-administrativo y se produzca el reconocimiento de los siguientes extremos:*

- *Que se proceda a declarar nula la resolución por medio de la cual se procedió al cese de mi representado en la Unidad Militar de Emergencias, con todos los efectos inherentes a dicha nulidad, incluyendo la reincorporación del demandante al destino que venía ocupando.*

- *Que se proceda al pago de todas las retribuciones dejadas de percibir desde la fecha de efectividad del cese en el destino; esto es, desde el 31 de marzo de 2021".*

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: *"dictando previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recuso, con imposición de costas a la parte recurrente".*

TERCERO.- Ac ordado el recibimiento a prueba, admitiendo la documental aportada, se confirió sucesivo trámite de conclusiones que verificaron ambas partes, y seguidamente quedaron las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó en relación con el día 4 de junio de 2024, en que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actuación administrativa impugnada tiene su origen en la Orden de la Ministra de Defensa de 23 de marzo de 2021, en que atendiendo a la propuesta del General Jefe de la Unidad Militar de Emergencias se acuerda el cese del recurrente en el destino en la citada Unidad, Batallón de Intervención IV (Zaragoza), en aplicación del artículo 25.2 del Reglamento de destinos del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 456/2011, de 1 de abril.

En la resolución de 23 de julio siguiente desestimatoria del recurso de reposición se expresa que la resolución recurrida no contiene motivación explícita de la solución que en ella se ofrece, pero que sí puede entenderse que su motivación lo es por referencia a la propuesta elevada al respecto por el Coronel Jefe de la UME, por lo que el interesado tuvo conocimiento de los hechos y de la fundamentación jurídica correspondiente, sin indefensión alguna. Además, se entiende que cabe la subsanación en vía de recurso de la motivación mediante la exteriorización de las causas justificativas de la decisión adoptada, y reproduce el contenido del informe emitido en su momento por quien fuera Jefe de la Unidad del recurrente, negándose finalmente que exista desviación de poder, ante la ausencia de prueba, tratándose de una afirmación sin base objetiva.

SEGUNDO.- El demandante alega en esencia y a la luz de la normativa que resulta de aplicación, que sin ningún género de duda el cese viene motivado por remisión o *in aliunde*, siendo cuestión distinta que los argumentos ofrecidos por la Administración alcancen a expresar por qué no concurren o qué circunstancias se dan para que concurriendo, se aprecie inidoneidad profesional para el puesto. En este sentido insiste en que no basta la pérdida de confianza invocada de contrario, que debería ser en todo caso de carácter profesional. Destaca su historial profesional, resaltando los méritos que obran en su hoja de servicios, entre ellos la condecoración por su participación activa en la Operación Balmis, que pone de manifiesto que no existe una circunstancia objetiva del cese en el destino porque las razones aducidas en cuanto a las constantes negativas a cumplimentar la normativa sobre las medidas profilácticas ante el Covid-19 son rotundamente falsas. De todo lo cual deduce el carácter subjetivo y arbitrario de tales razones y, por ende, la desviación de poder en el acuerdo de su cese por responder a una motivación que no es real, o que al menos no se ajusta a la realidad.

La Administración demandada, por su parte, tras exponer las normas que resultan aplicables y referir la forma en que la jurisprudencia viene exigiendo el requisito de motivación en los ceses en puestos de libre designación,



reproduce los informes obrantes en el expediente al respecto, y añade que la participación del actor en la operación Balmis no contradice el hecho de no cumplir en la forma exigible con las normas sobre prevención frente al Covid. Para finalizar sostiene que sin perjuicio de lo que el recurrente considere sobre su idoneidad para el puesto, no es él sino el órgano competente quien debe apreciar quién es óptimo para un puesto de libre designación, habiéndose ejercido en este caso la potestad de cesarle cumpliendo el principio de legalidad.

TERCERO.- Da do que lo aquí se debate es si la decisión de cese en un puesto de libre designación cumple las previsiones normativas y exigencias jurisprudenciales en cuanto a su motivación, conviene comenzar exponiendo que la resolución impugnada se ha dictado al amparo del artículo 25.2 del Real Decreto 456/2011, que dispone que *"El cese de los militares destinados mediante libre designación podrá acordarse con carácter discrecional, bastando la invocación de la competencia para adoptar dicho acuerdo"*.

Por su parte, el artículo 100.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, define los destinos de libre designación como *"aquellos para los que se precisan condiciones profesionales y personales de idoneidad, que apreciará discrecionalmente la autoridad facultada para concederlos entre los que cumplan los requisitos exigidos para el puesto, recabando previamente la información que sea necesaria sobre las citadas condiciones. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar los puestos que por sus especiales exigencias y responsabilidad deben cubrirse por este procedimiento"*, y el artículo 104 expresa que *"Las normas generales de provisión de destinos incluirán las causas de cese. En todo caso, los destinos de libre designación podrán ser revocados libremente por la autoridad que los concedió"* (apartado 1), amén que *"Los jefes de unidad, centro u organismo podrán proponer el cese en el destino de cualquier subordinado por falta de idoneidad en el desempeño de los cometidos propios de su destino, elevando a la autoridad que lo confirió informe razonado de las causas que motivan la propuesta de cese. Éste se producirá, en su caso, conforme a lo establecido en los apartados anteriores."* (apartado 3).

Sobre la cuestión litigiosa que nos ocupa esta Sección (sentencia de 2 de noviembre de 2023 -recurso 1998/2021-) ha tenido ocasión de exponer los criterios jurisprudenciales más recientes en el siguiente sentido: *"La jurisprudencia ha venido perfilando la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación, especialmente en lo relativo al cese de los funcionarios que los desempeñan, debiendo destacarse los últimos pronunciamientos contenidos en las sentencias 1198/2019, de 19 de septiembre (casación 2740/2017), 9 de junio de 2020 (casación 1195/2018), la sentencia 723/2021, de 12 de abril (casación 6840/2018), la de 20 de abril (casación 7137/2018), la de 24 de mayo de 2021 (casación 2453/2018), la sentencia 424/2023, de 29 de marzo de 2023 (casación 8411/2021)*.

Los criterios que fija, resumidamente son:

-además de que el acto del cese debe ajustarse a exigencias formales, que lo acuerde el órgano competente, se exige que al cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese.

La jurisprudencia exige no sólo la motivación formal del cese en el puesto o destino de libre designación por razones de idoneidad profesional sino, además, la exigencia de que esa motivación no sea vaga, imprecisa o ritual, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos (entre otras, las sentencias 1595/2019, de 15 de noviembre, recurso contencioso-administrativo 42/2018; sentencias 712 y 919/2020, de 9 de junio y 2 de julio, recurso de casación 1195 y 2053/2018, respectivamente; sentencias 530 y 723/2021, de 20 de abril y 24 de mayo, recursos de casación 7137 y 2453/2018, respectivamente).

-alcance de las facultades del órgano jurisdiccional para apreciar, valorar y enjuiciar la realidad o veracidad de los motivos aducidos por la Administración para justificar el cese en puesto de trabajo obtenido mediante el sistema de libre designación.

Si bien, en ese juicio de inidoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza, habrá un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir, esto no quita para que pueda plantearse si son ciertos los hechos en los que se fundamentó la pérdida sobrevenida de la idoneidad, esto es, el control jurisdiccional de la certeza de los hechos alegados para sostener la pérdida sobrevenida de idoneidad para el destino.

(...) Respecto a la aplicación de esta jurisprudencia sobre ceses de militares en los destinos de libre designación, el criterio de esta Sección se expone en las sentencias de 19 de mayo de 2021 (recurso 55/2020), y de 8 de septiembre de 2021 (recurso 1916/2019) y 16 de febrero de 2022 (recurso 2087/2019) en la que dijimos:



«Podemos añadir que los criterios de la última jurisprudencia sobre la motivación del cese, por exigencias del artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, aun referida a los funcionarios de carrera, no presenta ninguna dificultad para su examen en el caso del cese de personal militar, puesto que el artículo 25.2 del Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional se expresa en términos similares al artículo 58.1, párrafo segundo, del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado examinado en dicha jurisprudencia. Disponen ambos preceptos que el cese de los militares [o funcionarios] destinados mediante «libre designación» podrá acordarse con carácter discrecional, bastando la invocación de la competencia para adoptar dicho acuerdo.»

CUARTO.- Procede ya proyectar la antedicha normativa y criterios jurisprudenciales al caso de autos.

Consta en las actuaciones el informe emitido por el Teniente Coronel Sr. Virgilio, Jefe del BIEM IV (Zaragoza), que sirve de propuesta de resolución acogida favorablemente por la resolución recurrida, consignando que *"Desde el inicio de la pandemia se viene observando (...) una conducta querulante frente a las normas para evitar la propagación del virus, con constantes incumplimientos de utilizar los medios profilácticos recogidos tanto en la legislación Ordinaria (...) como en la propia norma establecida en la Unidad (...).*

Así, estos incumplimientos mencionados anteriormente provocaron su retirada en el encuadramiento de su Sección como rastreadoren la Unidad de Verificación de la Operación Baluarte que el Batallón realizaba en la Comunidad Foral de Navarra.

A mayor abundamiento, en la reciente operación TIS ARAGÓN 2021, (...), el Jefe del mismo decidió que no se desplazase junto al resto de componentes, (...), debido a que su negativa a colocarse correctamente la mascarilla podía constituir un riesgo para su salud, así como para el resto de su unidad e incluso para la población civil con la que tuviese contacto.

Esta actitud frentista, (...), provocan una necesidad de relegar al Cabo 1º a unas funciones en segundo plano, sin que pueda tener contacto con la población civil, no se puede olvidar que la actuación de la Unidad Militar de Emergencias tanto en la Pandemia como en la reciente emergencia provocada por la "borrasca Filomena" hace que sus miembros sean posibles vectores de contagio al interactuar constantemente con la población civil. De esta manera estos incumplimientos, y en último término la negativa a realizarse el test de antígeno/PCR al regreso de la Emergencia provocada por la nevada, ha provocado que este Mando haya perdido su confianza en la idoneidad del citado Cabo 1º para pertenecer a este Batallón.

Sus acciones últimas, han demostrado que, al margen de quebrar el sentimiento de respeto y fidelidad a los compromisos hacia sus compañeros, pone en riesgo la salud de los mismos y, por ende, de la propia Unidad a la que pertenece, pudiendo tener unas consecuencias negativas en el ámbito de la prevención y protección frente a la COVID.19, tanto para sí mismo como para el resto de la Unidad. Así mismo, estas acciones pueden dañar la imagen social, el prestigio y buen hacer del Batallón y de la UME en general".

Pues bien, vistas las razones que se acaban de exponer este Tribunal considera que se ha cumplido debidamente la exigencia de motivación del acuerdo de cese en los términos expuestos en el precedente fundamento jurídico de esta sentencia. Y ello en la medida en que se exponen con suficiente concreción y detalle por referencia a acontecimientos determinados, qué conductas del actor han dado lugar a una pérdida sobrevenida de la confianza en su idoneidad profesional, cuya realidad no queda contrarrestada por la única circunstancia aducida por el actor de habersele concedido -y así consta en su hoja de servicios, acompañada a la demanda- la medalla conmemorativa de la Operación Balmis.

A este respecto, hay que tener en cuenta que la Orden Ministerial 50/2020, de 4 de septiembre, por la que se determinan los requisitos y procedimiento de concesión, anotación y descripción de la medalla conmemorativa de la operación Balmis, refiere que es de aplicación *"al personal de las Fuerzas Armadas y personal civil adscrito al Ministerio de Defensa que ha participado en la lucha contra el COVID-19 en el marco de la operación Balmis"* (artículo 2), y que *"Tendrá derecho a la concesión de la medalla, de carácter honorífico, conmemorativa de la operación Balmis el personal militar y civil adscrito al Ministerio de Defensa que cumpla los siguientes requisitos: 1. Haber participado en el marco de la operación Balmis, desde el 15 de marzo hasta el 20 de junio de 2020, realizando alguna de las siguientes misiones",* que se concretan en un total de once.

Además de la falta de más datos sobre qué concreta misión fue la que mereció la condecoración del actor, lo cierto es que, como afirma la Abogacía del Estado, su concesión no contradice los hechos a que se refiere la actuación administrativa que aquí nos concierne, al ser en lo sustancial posteriores al periodo temporal en que el actor participó en misiones destinadas a luchar contra el Covid-19 en el marco de la Operación Balmis. Así, del informe antes mencionado resulta que las intervenciones en la Operación Baluarte tuvieron lugar los días 10 y 11 de octubre de 2020; y las de la Operación Aragón 2021, los días 10 y 11 de enero de 2021. La



borrasca Filomena tuvo lugar en enero de 2021, suceso al que también se refiere el informe destacando otra concreta conducta del recurrente.

Por todo lo expuesto se concluye que la actuación administrativa se adecuó a Derecho, sin apreciarse infracción jurídica alguna, incluida la desviación de poder en cuanto ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (artículo 70.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) a que se alude en la demanda sin sustento probatorio alguno, dado que el recurrente la invoca con base en la ilegalidad de las resoluciones recurridas versus la personal apreciación de su propia conducta profesional, sin llegarse siquiera a concretar a qué otros fines pudiera haber respondido la decisión administrativa en cuestión.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas procesales a la parte actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FA LLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. Horacio**, contra la resolución de 23 de julio de 2021 de la Subsecretaría de Defensa, actuando por delegación de la Ministra, desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la Orden 431/04673/21, de 23 de marzo, de la misma autoridad, de cese en el destino en la UME-BATALLÓN DE INTERVENCIÓN IV (ZARAGOZA), que se confirma por resultar ajustada a Derecho, en los extremos examinados.

Con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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 euros; en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.