

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso-administrativo

Sección 05

Procedimiento Ordinario 0081/2023

Parte actora: Fundación Nacional Francisco Franco

Administración demandada: Ministerio de Defensa

Escrito de conclusiones

A LA SALA

MARÍA CRUZ SOBRINO GARCÍA, Procuradora de los Tribunales y de la **FUNDACIÓN NACIONAL FRANCISCO FRANCO**, según tengo debidamente acreditado en los autos arriba referenciados ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en derecho,

DIGO:

Primero. - Que mediante la Diligencia de fecha 21 de abril de 2023 se nos da traslado para presentar escrito de conclusiones en el plazo de DIEZ DÍAS.

Segundo. - Que por medio del presente escrito y dentro del plazo conferido a tal efecto presentamos el presente

ESCRITO DE CONCLUSIONES

PREVIA. - Todos los motivos y razonamientos esgrimidos en nuestro escrito de demanda de fecha 17 de marzo de 2023 los damos por reproducidos, por cuanto de la contestación a la demanda no se desvirtúan ninguno de los mismos, limitándose la Abogacía del Estado a reproducir lo contemplado en el

artículo 35 de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en adelante LMD), sin que pueda servir de justificación legal ni tenga cabida la aplicación de este precepto en el cambio de nombre de una unidad militar denominada Comandante Franco, aún más contraviniendo e incumpliendo **la Orden Ministerial 57/2022, de 28 de octubre**, por la que se crea el Comité de seguimiento, en el ámbito del Ministerio de Defensa, para el estudio, la coordinación y la planificación de las actuaciones que deriven de la LMD, **la Orden Ministerial 105/2002, de 22 de mayo**, por la que se regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, así como -dictada para la aplicación y desarrollo de la anterior Orden- **la Instrucción número 116/2002, de 31 de mayo**, del Subsecretario de Defensa por las que se aprueban las normas para la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, como ha quedado acreditado en estos autos.

PRIMERA. – Legitimación activa de la Fundación Nacional Francisco Franco

Se hace necesario por lealtad procesal poner de relieve que la Sentencia número 477/2023 de fecha 13 de abril de 2023 dictada por la sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, reconoce y contempla el interés legítimo de esta Fundación sobre todo lo relativo a la figura y nombre de Francisco Franco al vincular la relación que media entre el sujeto y el objeto de la pretensión que se deduce, de tal manera que esta Fundación sí tiene legitimación para impugnar los actos administrativos que en aplicación de LMD se refieran a la persona de don Francisco Franco y a la estigmatización de su persona y trayectoria militar por hechos, como los de autos, que nada tienen que ver con el objeto y la finalidad de la LMD.

SEGUNDA. - Atipicidad del cambio nombre de la 1ª Bandera de La Legión “Comandante Franco”, por no encuadrarse en el rango temporal que LMD contempla

Como ya se expuso en nuestro escrito de demanda, sucintamente debemos reiterar esta fundamental cuestión que hace ilegal y nula la resolución administrativa que resuelve cambiar el nombre «Bandera Comandante Franco», del “Tercio «Gran Capitán» 1º de La Legión”, de la Comandancia General de Melilla, sustituyéndose por el de «Bandera España».

Efectivamente, el artículo 1 LMD, en su apartado 2 expresamente establece que el objeto de esta ley es el *“reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión durante el período comprendido entre el golpe de estado de 18 de julio de 1936, la guerra de España y la dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978”*. De igual manera en su apartado 3, reitera expresamente que *“se declara ilegal el régimen surgido de la contienda militar iniciada con dicho golpe militar y que, como consecuencia de las luchas de los movimientos sociales antifranquistas y de diferentes actores políticos fue sustituido con la proclamación de un Estado Social y Democrático de Derecho a la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, tras la transición democrática”*.

Es decir, que la propia LMD establece -dos veces seguidas- en su artículo 1, de manera patente, palmaria e indubitable, el arco temporal de aplicación de esta.

Sin embargo , y como se puso de manifiesto en nuestro escrito de demanda, se pretende, -no sabemos si por sectarismo o por ignorancia- por parte del Ministerio de Defensa que el cambio de nombre de la Bandera “Comandante Franco” cuya denominación tuvo lugar en 1992, (diez y siete años después de fallecido Don Francisco Franco) obedezca a la aplicación de la LMD.

El marco temporal de aplicación de LMD es objetivamente el señalado en su artículo 1, y ello es indiscutible, siendo que no hay duda de que la vigencia de las supuestas exaltaciones, menciones o conmemoraciones comienzan el 18 de julio de 1936 y se extiende hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. No es interpretativo y, por lo tanto, esta conclusión no es interpretativa, como así pretende confundir, invocando de manera vaga, difusa y ambigua la Abogacía del Estado, el artículo 3 del Código Civil, sin que en ningún momento

aquella haya motivado con un mínimo de rigor la razón para no aplicar el rango o segmento temporal que la LMD regula expresamente.

TERCERA. - *El acuerdo impugnado no cumple con lo contemplado en los artículos 36 y 37 LMD*

Es evidente, como ya tuvimos oportunidad de demostrar en nuestro escrito de demanda, que la Administración General del Estado ha actuado de espaldas de lo establecido en el artículo 36 LMD, al no haber confeccionado en colaboración con el resto de las administraciones públicas un catálogo de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática, al que se incorporarán en todo caso los datos suministrados por las comunidades autónomas, y contendrá la relación de elementos que deban ser retirados o eliminados, en los términos del artículo 35.

Como consecuencia de ello tampoco se cumple con el procedimiento de retirada o eliminación de elementos contrarios a la memoria democrática, establecido en el artículo 37, por no existir el catálogo de vestigios que deban ser retirados según los términos del artículo 35 LMD.

Por lo tanto, no se ha tramitado conforme al procedimiento en el que deban acreditarse y mantenerse la concurrencia de los anteriores requisitos, así como la existencia de una causa jurídica fundada en un interés objetivo de servicio público, que justifique la actuación administrativa.

CUARTA. – *Ausencia del elemento teleológico: “exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura”*

Por otro lado, se hace necesario recordar y reiterar que los motivos para denominar a la Bandera I de la Legión con el nombre que se ventila en esta causa obedecen única y exclusivamente a las razones aducidas en nuestro escrito de demanda, que nada tienen que ver con lo dispuesto en el artículo 35 LMD. Y es patente e indiscutible que se denomina «Bandera Comandante

Franco», para honrar a un Comandante de la Legión -primer Jefe de esa Bandera- y su unidad en memoria de la actuación valiente y trascendente para España que supuso el socorro de Melilla y de los melillenses en momentos críticos después de una trágica desbandada de las posiciones militares ante el acoso de las “cábilas” de Abd El Krim en 1921, y por sus dotes y capacidades como jefe militar de tal unidad, siendo que tal denominación es reconocida por el propio Ministerio de Defensa diez y siete años después de su fallecimiento, en período democrático y bajo la autoridad de un gobierno socialista, debiéndose tener en cuenta -al contrario de lo que la Abogacía del Estado pretende de forma “taimada” a nuestro juicio- que sí es admisible “trocear” los empleos militares de una carrera militar, siendo que las categorías de mando de esa carrera, sí pueden (y deben) ser un compartimento estanco, como así lo establece el propio artículo 74.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que la Abogacía del Estado astutamente invoca pero omitiendo lo que no le interesa, y cuya redacción completa es:

“La carrera militar de los miembros de las Fuerzas Armadas queda definida por la ocupación de diferentes destinos, el ascenso a los sucesivos empleos y la progresiva capacitación para puestos de mayor responsabilidad, combinando preparación y experiencia profesional en el desempeño de los cometidos de su cuerpo y en el ejercicio de las facultades de su escala y, en su caso, de las especialidades que haya adquirido”.

Es patente que los grados de mayor responsabilidad, preparación, experiencia y especialización sí pueden y deben ser compartimentos estancos y valorados conforme a la responsabilidad de cada empleo militar que se ostente.

Es concluyente que la razón por la que se cambia el nombre de esta Unidad de la Legión es política y sectaria, totalmente ajena a la finalidad y objetivo de LMD porque denominarla así:

- No va en contra del reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio

de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

- Tampoco se opone a la promoción de la reparación moral y la recuperación de la memoria personal, familiar y colectiva de aquellas personas.
- No excluye la adopción de medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre la ciudadanía y promover lazos de unión en torno a los valores, principios y derechos constitucionales.

Nada de eso acaece porque una unidad militar tenga el nombre de su primer jefe y fundador y en memoria de un hecho militar histórico que aseguró la españolidad de Melilla y la seguridad de los melillenses en 1921, de la misma manera que existen otras Banderas de la Legión con denominaciones de legionarios insignes (Valenzuela y Maderal Oleaga), siendo evidente que no se denomina así esta Bandera de La Legión para homenajear y/o exaltar la figura de un dictador o la represión posterior a la guerra civil.

QUINTA. - Incumplimiento del procedimiento establecido en la Orden Ministerial 57/2022, de 28 de octubre

Efectivamente no se cumple con lo establecido en la Orden acabada de invocar pues de manera general y mediante esta, se crea el Comité de Seguimiento en el ámbito del del Ministerio de Defensa, para el estudio, la coordinación y la planificación de aquellas actuaciones que se deriven expresamente de la Ley de Memoria Democrática para lo cual contará con Comité Técnico que le asesore y le asista, conforme a su artículo 1, debiendo ser preceptiva su intervención, porque entonces esta Orden Ministerial, carecería de sentido y de funcionalidad.

Y en su artículo 3 se contemplan las funciones de este Comité de Seguimiento del Ministerio de Defensa entre las que se encuentran el estudio, coordinación, planificación y elaboración de propuestas de actuaciones necesarias en lo que afecte al Ministerio de Defensa para el cumplimiento de lo previsto en la Ley

20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, de manera general, sin reparar en previsiones orientativas.

En las consideraciones previas de esta Orden Ministerial -fuera de su articulado- se hace constar, como señala la Abogacía del Estado,

"cumplir las previsiones legales en materia patrimonial, de acceso y consulta a la documentación obrante en sus archivos y, en general, de la tramitación de los procedimientos administrativos que procedan en relación con lo previsto en el Título II de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, así como ante la necesidad de promover los instrumentos de colaboración administrativa pertinentes, se hace necesario la creación de un comité que estudie, coordine y planifique aquellas actividades que deban llevarse en el ámbito departamental como consecuencia de la entrada en vigor de la ley citada anteriormente".

Y la Abogacía del Estado lo invoca, erróneamente, para justificar y defender la inaplicabilidad de esta orden sobre una actuación del Ministerio de Defensa derivada de la LMD, otorgando la categoría de "preámbulo" a estas consideraciones con un pretendido carácter normativo del cual carece, como así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en innumerables ocasiones, quedando acreditado y no admitiendo discusión que las consideraciones previas, fundamentos precedentes o exposición de motivos de las disposiciones normativas carecen de carácter normativo, más allá de una función de auxilio interpretativo cuando éste fuera necesario, por lo cual y en todo caso, estos antecedentes expositivos no tienen cabida en la norma que anticipan ni son, obviamente, de obligado cumplimiento "por encima" de la positivamente normada.

Es de todo sentido común que estas consideraciones previas al contenido normativo y sustantivo de tal Orden Ministerial son un auxilio y suponen una ayuda, una concreción y un aseguramiento para cumplir las previsiones legales en materia patrimonial, de acceso y consulta a la documentación obrante en sus archivos y, en general, de la tramitación de los procedimientos administrativos que procedan en relación con lo previsto en el Título II de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, y para promover los instrumentos de colaboración

administrativa pertinentes, como no puede ser de otra manera, sin que ello en algún momento excluya -porque además no se contempla en ninguna ocasión en el propio contenido normativo de esta Orden- el seguimiento de ese Comité de Seguimiento sobre el resto de las actuaciones que se deriven de la LMD, quedando palmariamente claro en la redacción del artículo 3 sobre las funciones de este Comité y en el propio enunciado de la Orden Ministerial 57/2022, de 28 de octubre.

Pero es que, a mayor abundamiento, se corrobora y confirma esta conclusión por el hecho de que el artículo 35 LMD que es el que invoca el Ministerio de Defensa para proceder al cambio de denominación de la “Bandera Comandante Franco”, se encuentra ubicado, precisamente, dentro del Título II al que se refiere en su “preámbulo” esta Orden Ministerial y que la propia Abogacía del Estado alega para no reconocer su aplicación.

En conclusión, la resolución 420/00668/23 publicada el 17 de enero de 2023 que se impugna, es nula por incumplir con el procedimiento indicado en la Orden Ministerial 57/2022, de 28 de octubre, por la que se crea el Comité de Seguimiento, en el ámbito del Ministerio de Defensa, para el estudio, la coordinación y la planificación de las actuaciones que se deriven de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

SEXTA. – Incumplimiento de Orden Ministerial 105/2002, de 22 de mayo, que regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa e Incumplimiento de la Instrucción 116/2002, de 31 de mayo que aprueba las Normas para la Producción Normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, derivada de la anterior

No es discutible que la resolución que es objeto de este recurso procede del Ministerio de Defensa; es una obviedad. Ambas disposiciones tienen carácter normativo, aunque la Abogacía del Estado las prive de tal condición, limitándose a hacer una comparativa jurisprudencial entre “acto y reglamento”, que nada tienen que ver con la regulación de la producción normativa del propio Ministerio de Defensa, en cuya Orden enunciada se dispone

expresamente en su artículo 1 que *“tiene por finalidad determinar los órganos competentes para..... aprobar los expedientes normativos que den lugar además disposiciones administrativas que se dicten el ámbito del Ministerio de Defensa y Organismos públicos dependientes del mismo, así como establecer procedimientos generales de actuación en la elaboración y tramitación de los mismos”*.

Por lo tanto, esta Orden Ministerial, desde todo punto de vista, y ello es innegable, es de su ámbito de competencia y aplicación. Por economía procesal nos remitimos a lo expuesto en nuestro escrito de demanda de 17 de marzo de 2023 donde queda clara la finalidad (artículo 1), el ámbito de aplicación (artículo 2), órgano responsable de su aplicación (artículo 3), Informe preceptivo (artículo 4), procedimiento (artículo 5) y fases de iniciación y elaboración (artículo 6).

No obstante, a tal efecto se hace necesario recordar sucintamente para reflejar el incumplimiento de esta Orden por parte del Ministerio de Defensa -que le afecta por estar en su ámbito de actuación expresamente señalado-, que la misma (i) tiene la finalidad determinar los órganos competentes para iniciar, elaborar y aprobar los expedientes normativos a que den lugar los anteproyectos de disposiciones con rango de Ley, proyectos de disposiciones reglamentarias y demás disposiciones administrativas que se dicten en el ámbito del Ministerio de Defensa y Organismos públicos dependientes del mismo, así como, establecer los procedimientos generales de actuación en la elaboración y tramitación de los mismos, (ii) refiere su ámbito de aplicación a los anteproyectos y proyectos de disposiciones que se refieran a normas de carácter general y tengan rango o se aprueben mediante ley y orden ministerial (entre otros rangos normativos), (iii) es responsable y le compete al Subsecretario de Defensa, (iv) carácter preceptivo del informe del Secretario General Técnico y funciones del mismo, (v) procedimiento a seguir y (vi) órganos responsables de las fases de iniciación y elaboración del proyecto normativo.

Pues bien, no se ha cumplido ni uno de los artículos que regula esta Orden Ministerial, sin que existan ni consten informes preceptivos o actuaciones de

los órganos responsables de iniciar el procedimiento de producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa.

Como resultado y efecto de la anterior O.M. referida se dictó la Instrucción número 116/2002, de 31 de mayo, del Subsecretario de Defensa por la que se aprueban las Normas para la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, que, otra vez, es incumplida sin que conste memoria que justifique la motivación jurídica, comunicaciones con otros órganos concurrentes, antecedentes, oportunidad ni finalidad, como tampoco consta memoria económica sobre el gasto que pueda suponer ni informes preceptivos respecto al impacto económico o de otra índole.

Es decir, no se han seguido las directrices de actuación dictadas por un órgano administrativo en el ejercicio de su poder jerárquico con la finalidad de indicar los criterios de aplicación internos que, en una determinada materia, deben seguir los órganos dependientes.

SEPTIMA. – Breve Recapitulación de conclusiones

Ha quedado demostrado:

1. El interés legítimo que otorga la legitimación activa a esta Fundación y reconocida por el propio Tribunal Supremo.
2. La inexistencia de supuesto habilitante para cambiar la denominación de la Unidad legionaria “Bandera Comandante Franco” a “Bandera España” por no estar incluido en el art. 35 LMD, ni en el segmento temporal que la citada ley contempla.
3. La inexistencia de un catálogo de vestigios. No se ha cumplido con lo obligado en los artículos 36 y 37 LMD.
4. Las razones políticas y sectarias para proceder al cambio de este nombre en una Unidad militar. Esa denominación nunca ni en ningún momento ha tenido ni tiene la finalidad de exaltar a un dictador. Solo es un reconocimiento a un Comandante que fue su fundador y primer jefe

de aquella y que llevó a cabo un hecho de armas objetivamente notable y destacado.

5. El flagrante incumplimiento del procedimiento establecido en la Orden Ministerial 57/2022, de 28 de octubre que prevé un procedimiento “ad hoc”, renunciando y omitiendo ese procedimiento, establecido por el propio Ministerio de Defensa.
6. El patente incumplimiento de la Orden Ministerial 105/2002, de 22 de mayo, que regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa y como deriva de ello también se incumple la Instrucción 116/2002, de 31 de mayo que aprueba las Normas para la Producción Normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa.
7. La evidencia de que el Ministerio de Defensa al proceder de forma tan apresurada y apremiante para cambiar la denominación de la “Bandera Comandante Franco”, ha olvidado llevar a cabo la aplicación correcta y el adecuado cumplimiento de su propia producción normativa.

Por todo ello y en virtud, **SUPLICO A LA SALA:**

Que tenga por formulado a esta parte, en tiempo hábil, el escrito de conclusiones, dando a los autos el trámite correspondiente hasta dictar sentencia en los términos que se solicitan en el escrito de demanda.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 10 de mayo de 2022