

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2017/0016317



Procedimiento Ordinario 000000 E – 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION OCTAVA

Procedimiento Ordinario 000
SENTENCIA N° 000

Ilmos. Sres.

Presidente

Dña. Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Magistrados

D. Rafael Botella García Lastra

Doña María del Pilar García Ruiz

En la Villa de Madrid a 11 de febrero de 2019

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso- administrativo nº 000, interpuesto por don _____, representado por el Procurador don José Javier Freixa Iruela, contra la Resolución del General Jefe de Estado Mayor del Aire, de 1 de febrero de 2017 por la que se acuerda resolver el compromiso y la pérdida de condición de militar del recurrente por haber sido condenado por un delito de doloso por sentencia de 27 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero como autor de un delito contra la Hacienda Militar.

Ha sido parte la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que se acuerde declarar nula de pleno derecho la resolución impugnada y en su lugar sea reincorporado el demandante nuevamente a las Fuerzas Armadas con todos los derechos económicos y administrativos procedentes, con imposición de costas procesales a la parte contraria.

SEGUNDO: El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO: Tramitado el procedimiento con el resultado que es de ver en autos, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 14 de noviembre de 2018, teniendo lugar.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Ilma. Sra. Dña. Amparo Guilló Sánchez-Galiano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso se interpone por el recurrente ya indicado en el encabezamiento de la presente sentencia contra la resolución también

reseñada en el mismo. En dicha resolución se resuelve el compromiso del recurrente en aplicación de la causa prevista en el art. 10.2 de la ley 8/2006, de 24 de abril de Tropa y Marinería, según modificación operada por la disposición final cuarta de la LO 8/2014, de 4 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El recurrente alega que dicha resolución es disconforme con el Ordenamiento Jurídico por dos motivos esenciales: primero, porque según la redacción del precepto tras la reforma del año 2014, se debe ponderar la importancia de la infracción penal cometida, que en este caso no la tenía como se pone de manifiesto en algunos de los informes de sus mandos en el expediente y, en relación con lo anterior, porque no se ha respetado el principio de proporcionalidad en la aplicación de dicha sanción en relación con la trascendencia de la infracción penal que se cometió y la resolución del compromiso que se decide; y, en segundo lugar, alega que conforme se desprende del expediente en el momento de ser condenado penalmente el recurrente había superado los tres años de incorporación al Ejército por lo que no podía aplicársele tal causa de resolución del compromiso. Cita en apoyo de su pretensión dos sentencias de esta misma Sala y Sección, respecto del primer motivo, la Sentencia dictada en el PO 284/2016 de 18 de mayo pasado; y respecto del segundo, la Sentencia 147/2013 de 27 de febrero.

SEGUNDO: Pues bien, ante todo, se ha de señalar que esta Sala ya se ha pronunciado, en efecto, sobre las dos cuestiones planteadas por el recurrente, en el sentido que indica el mismo.

Sobre la cuestión referente a la aplicación del precepto de la ley en los supuestos de cumplimiento de más de tres años de servicio, señalamos en la Sentencia 147/2013, de 27 de febrero, recaída en resolución del recurso 656/2011, y ahora reiteramos, lo siguiente:

“..., la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que es posterior a la primera, en su artículo 118.1, dispone: *Los compromisos de los militares de complemento y de los militares de tropa y marinería finalizarán en su fecha de vencimiento y se resolverán por las causas establecidas en el artículo 10.2 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería para los compromisos de larga duración, siempre que el interesado haya cumplido al menos tres años entre el compromiso inicial y, en su caso, el de renovación, perdiendo su condición militar.*

Durante los tres primeros años de compromiso éste se resolverá por alguna de las siguientes causas:

- i. Por condena por delito doloso.

Así pues, **para determinar si el citado precepto es o no de aplicación la primera fecha relevante es la de su ingreso en las Fuerzas Armadas.**

Tal fecha no está manifestada directamente por las partes, pero indirectamente aparece que, al menos en 1.09.06, el Soldado ya había ingresado en las Fuerzas Armadas porque así se deduce del informe emitido por el Sargento Especialista Don _____, que fue superior del Soldado, que manifiesta: *“Que este informe se basa en el trato directo y personal que el presente tuvo con el Soldado Don _____, desde que fue destinado a la Oficina de Control y Mantenimiento el 1 de septiembre de 2006, hasta su cese con motivo de su ascenso al empleo de Cabo y posterior destino a la AALOG N° 11 el 27 de mayo de 2008”*.

Consta también que la sentencia condenatoria del Juzgado de Cáceres, donde se condenaba al Soldado por un delito contra la seguridad del tráfico vial al conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tiene fecha de 1.03.10.

En consecuencia, en el momento de la condena penal el interesado tenía suscrito compromiso de larga duración, y en ese momento ya se habían cumplido también los 3 primeros años de la incorporación a las Fuerzas Armadas, que es el término temporal donde se puede aplicar el precepto indicado para proceder a la resolución inmediata del compromiso y, en consecuencia, la situación actual es que no existe asidero legal para proceder a tal resolución inmediata del compromiso, sin perjuicio de que pueda no accederse a la renovación del compromiso cuando llegue ese momento. Tal es el modo en que parece lógico interpretar los preceptos antedichos, que parecen algo contradictorios, debiendo prevalecer la redacción introducida en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, que es ley posterior y que señala claramente que la resolución automática del compromiso por alguna de las causas citadas (entre las que se encuentra la condena por delito doloso) solo es posible durante los 3 primeros años, sin perjuicio de que cuando expire el compromiso vigente si llega el caso, pudiera denegarse su renovación por concurrir una de tales causas....”.

La aplicación del anterior criterio al supuesto que se examina, determina la estimación del recurso por la primera de las causas alegadas por el recurrente puesto que se encuentra acreditado en autos (folio 35 del expediente administrativo) que el recurrente se incorporó a las Fuerzas Armadas en fecha 27 de octubre de 2008 y en consecuencia en el momento de dictarse la resolución impugnada llevaba más de tres años incorporado al Ejército.

TERCERO: En lo que respecta al segundo de los argumentos del actor, en nuestra Sentencia de fecha 18 de mayo pasado nº 271/2017, de 18 de mayo, PO 284/2016, ya nos pronunciamos acerca de la necesaria ponderación del tipo de delito y la pena impuesta en cuanto a su gravedad para determinar la resolución del compromiso del recurrente.

Dijimos entonces por lo que ahora importa que:

“.....Hemos de comenzar señalando que en fecha 6 de marzo de 2015 entró en vigor la nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas la cual ha supuesto para importantes modificaciones, una de ellas, y que es la que ahora nos afecta, se encuentra contenida en la Disposición Final Cuarta que modifica el artículo 10.2 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, quedando redactada de la siguiente forma:

“2. Este compromiso se resolverá por alguna de las siguientes causas:

- a) A petición expresa del interesado con un preaviso de tres meses.
- b) Por la adquisición de la condición de militar de carrera o de militar de complemento.
- c) Por el ingreso en un centro de formación de la Guardia Civil o del Cuerpo Nacional de Policía.
- d) Por el ingreso en cuerpos y escalas de funcionarios o adquisición de la condición de personal laboral fijo de las Administraciones públicas y Organismos públicos dependientes de ellas. A estos efectos, tendrán la misma consideración el nombramiento como funcionario en prácticas y la designación para realizar los periodos de prueba en los procesos selectivos de personal laboral.
- e) Por el acceso a la condición de permanente.
- f) Por la pérdida de la nacionalidad española.
- g) Por insuficiencia de facultades profesionales.
- h) Por insuficiencia de condiciones psicofísicas.

i) Por la imposición de sanción disciplinaria de resolución de compromiso, en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Por la imposición de condena por delito doloso y teniendo en consideración el tipo de delito y la pena impuesta, podrá también resolverse el compromiso, previa tramitación de un expediente administrativo con audiencia del interesado.”

La anterior redacción del art. 10.2 preveía que una condena por delito doloso suponía de forma automática la resolución del compromiso con las Fuerzas Armadas en el caso de militares de complemento y militares de tropa y marinería, automatismo que fue consagrado reiteradamente por la jurisprudencia, como la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 7 de noviembre de 2013 (RCA 491/2012) y otras de idéntico contenido y decisión, así como la de fecha 13 Sep. 2012 (Rec. 1001/2011) o la posterior de 21 de julio de 2016 (RCA 1270/2014)] en la que hemos dicho que:

«... Es evidente por tanto que la resolución del compromiso no tiene naturaleza sancionadora, y opera como una condición resolutoria de la relación funcional que liga a los interesados con las Fuerzas Armadas, tratándose de la mera aplicación de la normativa que tiende a preservar determinadas cualidades de los servidores públicos, en cumplimiento de las funciones constitucionalmente atribuidas a la Administración. Se trata de una consecuencia legal ineludible por la simple aplicación del precepto legal que establece la resolución del compromiso. Ante la invocación por la parte recurrente de aplicación a este caso del criterio mantenido en la Sentencia dictada por esta Sección en el P.O. nº 656/2011 -nº 147 de 27 de febrero de 2013- debe manifestarse expresamente que esta Sección se aparta de tal criterio y considera que la condena por delito doloso es de aplicación también como causa de resolución de los compromisos de larga duración, no sólo por aplicación de la norma específica prevista en el artº 10.2.j) de la Ley 8/2006 sino también por la remisión que a este artº 10.2 se hace por el artº 118.1 de la Ley 39/2007 precisamente "para los compromisos de larga duración". En consecuencia con lo expuesto deben decaer las alegaciones que hace en su demanda la parte recurrente en oposición a las resoluciones administrativas impugnadas a las que se ha hecho referencia anteriormente, considerando dichas resoluciones ajustadas a derecho... ».

Pues bien, parece claro que con la nueva modificación legislativa nos encontramos en que esta decisión es discrecional, previa incoación del correspondiente expediente administrativo con audiencia del interesado, en el que queda condicionado a la consideración del tipo de delito y la pena.

Como decíamos en nuestra reciente sentencia de fecha 21 Abril de 2016 (RCA 1245/2014), la decisión de no resolver el compromiso del militar condenado

...«...integra una facultad discrecional de la Administración Militar, que, claro está, no puede confundirse con arbitrariedad, de ahí que el control judicial se extienda a los elementos reglados y a analizar si la motivación ofrecida justifica razonablemente la decisión que se impugna»

Llegados a este punto es evidente que la norma exige que se valoren dos parámetros a la hora de acordar la no resolución del compromiso, cuales son la consideración que merezca el tipo penal por el que se produce la condena y la pena que se ha impuesto, y es precisamente, sobre esos dos elementos sobre los que debe bascular toda la cuestión. Tiene razón la recurrente cuando se queja de la ausencia de razonamiento del Abogado del Estado sobre estos dos elementos, y también, ese mismo reproche es extensible al acto recurrido, más allá del error material cometido. En efecto, la motivación del acto es sumamente escueta y únicamente se realiza una remisión a la sentencia condenatoria, reproduciendo sus antecedentes y fundamentos a los efectos de la motivación exigida por el art. 54 de la Ley 30/1992. Ciertamente es posible referir la motivación con una alusión a un elemento del expediente o por la aceptación de dictámenes obrantes en el expediente, y a la interrelación existente entre las distintas partes del expediente, rematado por actos que pongan fin a las actuaciones, esta técnica es conocida como motivación “in aliunde” y es perfectamente admisible (Vid STS 7-4-56,7-6-60,30-5-72,19-1-74, 3-2-76, 11-3-78, 4-3-87, 19-12-95 y 19-5-1998) recordándonos la STS 3 de septiembre de 1999, como si bien la misma no es la mejor de las fórmulas posibles, si es satisfactoria con el contenido del art. 120-3 de la C.E.

Sin embargo para que la misma fuese válida en un supuesto como el nuestro la aplicación del art. 10.2, j de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, era necesaria que se refiriese a los dos elementos que, como hemos visto, exige la norma, y que son la gravedad del delito cometido, y, en segundo lugar, la entidad de la pena impuesta, y, consideramos que la resolución recurrida no aborda ninguno de estos dos elementos.

.....Vaya por delante que el juicio de reproche que el Legislador asocia a cada delito se mide por la entidad de la pena que al mismo corresponde. De ello se deduce que, en nuestro supuesto, el delito cometido es de los considerados menos graves, a la luz del art.33.2 del Código Penal vigente en la fecha de la comisión de los hechos. Por su parte, el art.33.3 del mismo texto legal consideraba penas menos graves:

«3. Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.

- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.
- j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.
- k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.
- l) La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.
- m) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración.»

Pues bien, como vemos el delito por el que el recurrente es condenado es el del 379.2 y el mismo se sanciona con

«...la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.»

De lo anteriormente expuesto, y visto el fallo de la sentencia del Juzgado de Ceuta de fecha 25 de marzo de 2015 que impone al recurrente una pena de seis meses de multa a razón de diez €/día, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de un año y un día, resulta un hecho claro, cual es que la pena se ha impuesto en el tramo mínimo del grado mínimo, de lo que se deduce, como primera conclusión, que la Juzgadora penal no consideró de especial gravedad los hechos objeto de enjuiciamiento.

Al lado de esta consideración, y sin restar ni un ápice de importancia y relevancia a la conducta penal del recurrente, es lo cierto que el propio Legislador no lo considera como un delito especialmente grave pues, dentro del catálogo de las penas menos graves, podía haber optado por otras distintas, lo que no hizo.

Por otra parte, al margen de lo anterior, hemos de considerar que los hechos no revistieron una especial gravedad. La sentencia no refleja que se causasen daños o lesiones, si bien el recurrente superaba en aproximadamente un 50% el límite de alcohol permitido.

...Por otra parte el expediente instruido contiene, además, unos elementos de valoración, que si bien no son los exigidos por la norma, si parece que son útiles a la hora de considerar las circunstancias personales del actor.....”.

Pues bien, al igual que en el supuesto al que se acaba de hacer referencia, en el que ahora examinamos, la condena se impone por un delito contra la Hacienda , que se castiga con pena menos grave y de ella se impone en el grado mínimo, lo que unido al informe de la Oficial instructora del expediente que en los folios 37 a 39 del expediente aconseja la no resolución del compromiso del recurrente en atención a dichas circunstancias, determina que por los dos motivos esgrimidos sea estimable el recurso del actor, y , por tanto se deba estimar el recurso interpuesto por el mismo en los términos que pide en el suplico de su escrito de demanda.

En cuanto al alcance de nuestro fallo, procede pues la estimación del presente recurso, anulándose la resolución del General Jefe de Estado Mayor del Aire, de 1 de febrero de 2017 por la que se acuerda resolver el compromiso y la pérdida de condición de militar del recurrente, con todas las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, tanto en orden

a la recuperación de la condición de militar del recurrente, antigüedad, grado, etc., así como al percibo de los haberes dejados de percibir, si bien, en ejecución de sentencia se habrán de descontar de estos las cantidades que, bien por la prestación de un trabajo retribuido o bien como prestación por desempleo haya podido percibir el recurrente, pues de otro modo se generaría un enriquecimiento ilícito dado que el percibo de los haberes es incompatible con la prestación de desempleo [Cfr. STSJ Andalucía (Sevilla) 16 de febrero de 2010, STSJ Canarias 11 de febrero de 2011, STSJ La Rioja 14 de diciembre de 2012 y STSJ Valencia 14 de julio de 2015)], así como los intereses legales que correspondan desde la fecha de esta sentencia de las cantidades a percibir, que, en su caso, serán fijadas en ejecución de sentencia.

CUARTO: Las costas del recurso deben imponerse a la parte recurrente, dado el tenor del art. 139 LJCA, al haber sido desestimado íntegramente el recurso interpuesto por la misma, si bien se limitan a la cuantía de 500 euros más IVA.

FALLAMOS

Que **estimamos** el Recurso contencioso-administrativo nº administrativo nº 0000, interpuesto por don _____, representado por el Procurador don José Javier Freixa Iruela, contra la Resolución del General Jefe de Estado Mayor del Aire, de 1 de febrero de 2017 por la que se acuerda resolver el compromiso y la pérdida de condición de militar del recurrente por haber sido condenado por un delito de doloso por sentencia de 27 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero como autor de un delito contra la Hacienda Militar, resolución que anulamos por no ser conforme a Derecho; con todas las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento tanto en orden a la recuperación de la condición de militar del recurrente, antigüedad, etc., así como al percibo de los haberes dejados de percibir descontándose de los mismos las cantidades que, como prestación por desempleo o por la realización de un trabajo retribuido haya podido percibir el recurrente, así como los intereses legales que correspondan desde la fecha de esta sentencia de las cantidades a percibir, que, en su caso, serán fijadas en ejecución de sentencia. Con condena en costas a la parte actora si bien se limitan a la suma de 500 euros más IVA.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Tercera del TS, en el plazo de 30 días, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano

Fdo.: Rafael Botella y García-Lastra

Fdo.: María del Pilar García Ruiz

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/General Rodrigo 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61 Fax 91 266 69 58
consultas@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es