

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Octava**

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2017/0020569



(01) 32010066958

**Procedimiento Ordinario 0000 X – 03**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 000  
SENTENCIA Nº 000

Ilmos/as Sres/as.

Presidenta:

D<sup>a</sup> Amparo Guilló Sánchez-Galiano

Magistrados/as:

D. Rafael Botella García-Lastra

D<sup>a</sup> Juana Patricia Rivas Moreno

D<sup>a</sup> María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a \_\_\_\_\_ de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres./as. Magistrados/as relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 000, interpuesto por el Procurador de los Tribunales José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de D. \_\_\_\_\_, contra la Resolución de 20 de noviembre de 2017, del Teniente General Jefe del MAPER, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la anterior Resolución de 8 de junio de 2017, por la que se acordó la resolución del compromiso del interesado con las Fuerzas Armadas.

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por plazo de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó

por escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, suplica que se dicte sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

SEGUNDO.- La representación procesal de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento a prueba, se practicó la que consta en autos, dándose a continuación traslado a las partes al objeto de que presentaran sus escritos de conclusiones, lo que hicieron reproduciendo en ellos las pretensiones que respectivamente tenían solicitadas. Tras dicho trámite, se declaró el pleito concluso para sentencia señalándose para el acto de votación y fallo el día 5 de marzo de 2019, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer de la Sala

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la Resolución de 20 de noviembre de 2017, del Teniente General Jefe del MAPER, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la anterior Resolución de 8 de junio de 2017, por la que se acordó la resolución del compromiso del interesado con las Fuerzas Armadas.

SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquella y otra tendente al reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

En concreto, solicitó en su demanda que se anulen las resoluciones impugnadas y se reconozca el derecho del recurrente a su reincorporación a las FFAA con todos los derechos administrativos y económicos procedentes y con condena en costas a la demandada. En esencia, el recurrente, que reconoce haber sido condenado por la Audiencia Provincial de Málaga por la comisión, como autor, de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1.6<sup>a</sup> del Código Penal, afirma que no puede considerarse dicha condena a los efectos pretendidos por la Administración demandada puesto que la Sentencia que la impone está recurrida por él en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, invocando por ello la presunción de inocencia hasta que la Sentencia condenatoria no sea firme.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho. La Abogacía del Estado apoyó tales pretensiones en los hechos y fundamentos que ahora se tendrán por reproducidos en su integridad ya que constan literalmente en estas actuaciones a través del escrito de contestación a la demanda que en su día formalizó.

TERCERO.- Según se desprende del expediente administrativo, son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

1º) Por Sentencia de 21 de septiembre de 2016, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga el ahora recurrente, entre otras treinta y cinco personas, fue condenado como responsable en concepto de autor de un delito tipificado en los artículos 368 -tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, hachís- y 369.1.6ª -subtipo agravado de cantidad de notoria importancia- ambos del Código Penal, a la pena de tres años de prisión, pena mínima de la superior en grado, al concurrir sólo una de las circunstancias del artículo 369 del Código Penal; accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

2º) En fecha 1 de junio de 2017, el General Auditor, Asesor Jurídico del Cuartel General del Ejército, informó al Mando de Personal que el Soldado aquí recurrente, en servicio activo pero carente temporalmente de condiciones psicofísicas y no destinable había sido condenado en la Sentencia de la que ya se ha dado cuenta. Añade que, según la relación de hechos probados de la Sentencia condenatoria consta acreditado *“que el expedientado, participó con múltiples ciudadanos marroquíes y españoles y de otras nacionalidades en introducir hachís desde Marruecos a España, concretamente participando en la ciudad de Melilla en el transporte de una furgoneta cargada de la citada droga y colaborando también en diversas formas en la operación”*.

El mismo informe recoge la referencia del emitido por el Coronel Jefe del Regimiento de Infantería “xxxxxxxxxxxxxxxx que *“este mando considera que los hechos por los que ha sido condenado son totalmente contrarios a los valores y principios de la Institución Militar, pues se trata de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) que no sólo está penado por la Ley sino que además pudieran ser de gran trascendencia y repercusión mediática por la naturaleza del mismo. Esta circunstancia afectaría a la imagen del Ejército de Tierra y de las Fuerzas Armadas, tanto dentro de la Institución como en la sociedad civil si llegara a filtrarse el conocimiento de los hechos en alguno de dichos estamentos”*

Destaca, finalmente, el General Auditor *“la especial trascendencia del delito llevado a cabo, no sólo por la importante cuantía de la droga existencia, también por la gran cantidad de personas implicadas en el mismo, de diversas nacionalidades, así como el tráfico de drogas llevado a cabo, ha sido realizado entre España y Marruecos, poniendo de manifiesto la complejidad, coordinación y preparación de los implicados en el delito”*.

En cuanto al rendimiento profesional del ahora recurrente, recoge el informe del se viene tratando lo que, a su vez, expuso el emitido por el Teniente Coronel Jefe del Batallón de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, acerca de la imposibilidad de evaluar su actitud profesional pues, *“aun habiendo sido destinado forzosamente , proveniente de la Subdelegación de Defensa de Melilla, por haberse encontrado seis meses en suspensión de funciones, y debiendo presentarse el día 10 de abril de 2012, no lo hizo alegando que se encontraba de baja médica, situación que continuó hasta el 20 de diciembre de 2012, momento en el que se le abrió un expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas, no obstante destaca en el Informe que “es opinión del mando que suscribe que es significativo el hecho de que ni siquiera llegara a efectuar su presentación en esta Unidad, alegando una situación, la de baja médica para el servicio, que debe ser aprobada por el Jefe de la Unidad, dando con*

*ello muestras de su nula predisposición para el servicio, que constituye el primer deber militar”.*

CUARTO.- Establece el artículo 10 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, respecto a la finalización y resolución de los compromisos de larga duración con las Fuerzas Armadas, que

- “1. El compromiso de larga duración finalizará cuando el militar profesional de tropa y marinería cumpla 45 años de edad.
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”.

QUINTO.- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en ocasiones anteriores en asuntos con objeto similar al que aquí nos ocupa y en todos los casos hemos venido razonando, y reiteramos ahora, que la anterior redacción del art. 10.2 que se acaba de reproducir 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.

Ya en Sentencias anteriores [entre otras, las de 7 de noviembre de 2013 (Rec. 491/2012), 13 de Septiembre de 2012 (Rec. 1001/2011) o la posterior de 21 de julio de 2016 (Rec. 1270/2014)] dijimos 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 artículo 10.2.j) de la Ley 8/2006 sino también por la remisión que a este artículo 10.2 se hace por el artículo 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... ».*

*También hemos dejado dicho en ocasiones anteriores (la más reciente, en Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Rec. 709/2016) que*

*“...parece claro que con la nueva modificación legislativa nos encontramos con 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 de bascular toda la cuestión”.*

Establecido, pues, que la actividad administrativa desarrollada en este caso se enmarca en el ámbito de las discrecionalidad con la que la Ley la habilita para la resolución del compromiso del que aquí se trata, convendrá recordar ahora que el ejercicio de potestades discrecionales comporta para la Administración titular de la misma la inclusión en el proceso de aplicación de la norma una estimación subjetiva propia. Y es que la discrecionalidad confiere a la Administración un margen de libertad para la elección, entre una pluralidad de posibilidades igualmente lícitas, qué es lo más conveniente o adecuado para el interés público o general que con sus actuaciones está obligada constitucionalmente a perseguir.

Ello no permite, sin embargo, considerar que en estos casos en que se ejercita una potestad con carácter discrecional sea imposible ejercer un control jurisdiccional sobre el modo en que dicho ejercicio se lleva a cabo. Como señaló el Tribunal Constitucional en su STC 219/2004, de 29 de noviembre de 2004, “*aun afirmando, como hemos señalado, cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, también este Tribunal ha establecido que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el art. 24.1*

*CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 97/1993, de 22 de marzo, y 353/1993, de 29 de noviembre (FJ 5))”.*

SEXTO.- En el presente asunto, visto el contenido del expediente administrativo y la motivación expresada en la resolución recurrida, con base, esencialmente, en la Sentencia condenatoria dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga (Rollo de Procedimiento Abreviado 3001/2013), la pretensión anulatoria ejercitada en la demanda habrá de ser acogida por las razones que se pasa a exponer.

El demandante afirma en su escrito rector la Sentencia dictada por aquel Tribunal se encuentra pendiente de resolución del recurso de casación interpuesto por su representación procesal, por lo que la misma no es firme ni lo, es por tanto, la condena que en su Fallo se le impone. Para acreditar lo anterior se ha incorporado a este proceso una prueba documental consistente en una Certificación de la Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga en la que, en fecha 5 de octubre de 2018, se dijo lo siguiente:

*“CERTIFICO: Que en el Procedimiento Abreviado 3001/2013 ha recaído Sentencia NO FIRME, de fecha 21/09/2016 contra el acusado \_\_\_\_\_, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de casación por su representación procesal, estando pendiente dicho recurso de resolución por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.*

En este punto ha de recordarse que el Tribunal Constitucional en STC 128/1995, de 26 de julio, dejó dicho que *“la presunción de inocencia que, como dijimos en la STC 109/1986, opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo”.*

Por consiguiente, al no constar la firmeza de la Sentencia en la que la Administración demandada basa la decisión que ahora se recurre, esta Sala no puede sino declarar la nulidad de la resolución que la pronuncia, y la de la que en reposición la confirma, pues la Administración, en el ejercicio de la discrecionalidad de la que está investida por disposición legal, no se ha ajustado al ordenamiento jurídico, dejándose por ello sin efecto alguno la resolución del compromiso que aquí se ha recurrido.

SEPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, procede imponer las costas causadas en este proceso a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, al no apreciarse que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado cuarto de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser *“a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima”* y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de trescientos euros, más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

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

FALLAMOS

1.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo número 000, interpuesto por la representación procesal de D. \_\_\_\_\_, contra la Resolución de 20 de noviembre de 2017, del Teniente General Jefe del MAPER, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la anterior Resolución de 8 de junio de 2017, por la que se acordó la resolución del compromiso del interesado con las Fuerzas Armadas.

2.- DECLARAR LA NULIDAD de la resolución recurrida por no ser la misma ajustada al ordenamiento jurídico.

3.- Con imposición a la Administración demandada de las costas causadas en el presente recurso, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho correlativo de esta Sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0548 17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0548 17 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano

Fdo.: Rafael Botella y García-Lastra

Fdo.: Juana Patricia Rivas Moreno

Fdo.: María del Pilar García Ruiz