

Id Cendoj: 09059330022006100018
Órgano: Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso
Sede: Burgos
Sección: 2
Nº de Recurso: 4
Nº de Resolución: 27/2006
Procedimiento: SOBRE PERSONAL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ZATARAIN VALDEMORO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

RESUMEN.Fuerzas Armadas. Personal. Resolución de compromiso por condena penal firme.

SENTENCIA

En la Ciudad de Burgos a dieciocho de Enero de dos mil seis.

En el recurso contencioso-administrativo número 4 interpuesto por I s representado y defendido por sí mismo en su condición de funcionario público contra la

resolución del Teniente General Jefe del Mando de Personal de 30 de junio de 2004, que resuelve su compromiso con las Fuerzas Armadas (resolución 562/10244/04); habiendo comparecido como parte demandada la Administración General del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado en virtud de la representación que por ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala el día 30 de julio de 2004.

Admitido a trámite el recurso y no habiéndose solicitado el anuncio de la interposición del recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha no espero siempre se 2004 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que revoque el acto impugnado e inste a la administración a por real remitida al recurrente en las mismas condiciones que se encontraba antes de la fecha de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por término legal a la parte demandada quien contestó a la demanda por medio de escrito de 31 de enero de 2005 oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo con base en los fundamentos jurídicos que el mencionado escrito contiene.

TERCERO.- Una vez dictado Auto de fijación de cuantía, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, pero si la presentación de conclusiones escritas, tras evacuarse este trámite quedaron los autos conclusos para sentencia, y no pudiéndose dictar ésta en el plazo de diez días previsto en el art. 67.1 de la Ley 29/98, al existir recursos pendientes de señalamiento para Votación y Fallo con preferencia, y puesto que el art. 64.3 de la misma Ley, establece que tal señalamiento se ajustará al orden expresado en el apartado 1 del artículo anterior y existiendo en la Sala recursos conclusos de fecha anterior, y por tanto con preferencia para efectuar su señalamiento al de este recurso, quedaron los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día 12 de enero de 2006 para votación y fallo, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

Es magistrado ponente de la presente sentencia el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro, quien expresa el parecer de esta Sala de lo Contencioso-administrativo.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ VALDÉS

C/ Bravo Murillo, 101, planta 11. 28020 MADRID

Tel: 91 535 7770 - Fax: 91 535 7771

gsuarez@suarezvaldes.es

www.suarezvaldes.es

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la pretensión anulatoria que formula D. ¹ s contra la resolución del Teniente General Jefe del Mando de Personal de 30 de junio de 2004, que resuelve su compromiso con las Fuerzas Armadas (resolución 562/10244/04).

Subsidiaria de esa pretensión principal formula la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada como es la condena a la administración demandada a readmitirle en las mismas condiciones en las que prestaba su compromiso.

El recurrente, sin negar los hechos controvertidos, fundamenta su pretensión anulatoria y de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en esencia, en el siguiente argumento; que la resolución del compromiso suscrito por el recurrente con las Fuerzas Armadas por haber cometido un **delito doloso** es desproporcionada, no ya por la escasa gravedad del **delito** cometido sino por contar con numerosos informes favorables, tanto del jefe de su unidad, como del instructor del expediente como de la Junta de Evaluación de la Unidad en la que servía. Por otro lado reseña la ausencia de nota desfavorable en su expediente personal.

La administración demandada, como es legalmente preceptivo (*art. 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre* , de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), defiende la plena conformidad a derecho de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Se constata de las actuaciones administrativas incorporadas al expediente administrativo que por sentencia firme número 31/01, de 24 de enero de 2001 dictada por el juzgado de lo penal número 2 de Burgos en el curso del procedimiento abreviado número 49/00 (juzgado de instrucción número 7 de Burgos), don ¹ s condenado como autor de un delito Contra la Seguridad del Tráfico, en concreto por la conducción de un vehículo de motor bajo los efectos de las bebidas al publicarse (*art. 379 del código penal*) y por un delito de desobediencia grave a los agentes de la autoridad previsto y penado en el *art. 380 en relación con el art. 556 y 550 del mismo texto legal* .

Que por auto de 20 de abril de 2004 del mismo órgano jurisdiccional se acordó la remisión de las penas que se impusieron, acordándose cancelar la inscripción realizada en la sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, disponiéndose que este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

Que diversas autoridades militares han informado sobre su buena calificación como militar profesional, por ejemplo el Jefe del Batallón del Cuartel General de la División de Infantería Motorizada "Brunete" Número 1, la Junta de Evaluación de esa misma unidad, o el instructor del expediente Incoado.

Que no obstante, la resolución del Teniente General Jefe del Mando de Personal de 30 de junio de 2004, resolvió su compromiso con las Fuerzas Armadas (resolución 562/10244/04).

TERCERO.- La *Ley 17/1999, de 18 de mayo* , de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas dispone en su art. 148 que "1. La relación de servicios **profesionales** con las Fuerzas Armadas de los militares de complemento y de los militares **profesionales de tropa** y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal cesa por la finalización del compromiso, salvo que se haya firmado uno nuevo, y por resolución del mismo", aclarando en el apartado 3 esas causas de resolución: "3. El compromiso contraído por el militar de complemento o por el militar **profesional de tropa** y marinería que mantiene una relación de servicios de carácter temporal se resolverá como consecuencia de:... b) Condena por **delito doloso** ".

Sobre este marco legal, la primera precisión que debe hacerse es que no nos hallamos en el ámbito del derecho disciplinario, con todo lo que esto significa en relación con sus principios inspiradores, los que, como es sabido beben de las fuentes del derecho penal (vid. STS de 1-10-1996 , STS de 13-07-1990 o la STC de 8-6-81) sino en el ámbito del derecho administrativo de personal ordinario. Por lo tanto, la invocación del principio de Proporcionalidad hecha por el recurrente resulta equivocada, siempre que se pretenda su proyección sobre un marco sancionador. Avala esta interpretación el hecho de que para los supuestos de duplicidad de actuaciones (sanción penal/ pérdida de la conducción de funcionario acordado por resolución administrativa), ya la STS Sala 3ª de 19 de julio de 2002, rec. 2013/1998 recuerda que tal "pérdida" no es una sanción administrativa (STS de 27 de octubre de 1999 EDJ 1999/38652, y 23 de noviembre de 2001 EDJ 2001/49072). Considera la sala que, lo procedente será analizar si esa resolución del compromiso entraña una potestad discrecional o reglada (tal y como sostiene la administración del

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ VALDÉS

C/ Bravo Murillo, 101 planta 1ª • 28020 MADRID
Tel: 91 535 7770 • Fax: 91 535 7771
asuarez@suarezvaldes.es
www.suarezvaldes.es

Estado), para, en el primer caso, revisar si se ha producido un uso arbitrario o espurio de esa facultad. Éste ha de ser el enfoque adecuado.

CUARTO.- Si analizamos el tenor literal completo del apartado 3 de ese *artículo 148 de la ley 17/99*, vemos que no encierra una potestad discrecional sino reglada, pues sin matices advierte que el compromiso "...se resolverá...". Diferente cuestión jurídica será la constatación de las diferentes causas de resolución, alguna de las cuales entrañan conceptos jurídicos indeterminados (c) Insuficiencia de facultades profesionales, d) Insuficiencia de condiciones psicofísicas), los cuales, como es sabido, implican una actividad administrativa de determinación y otros conceptos jurídicos determinados, concretos, que tan sólo exigen la comprobación de su existencia (a) Pérdida de la nacionalidad española, e) Adquisición de la condición de militar de carrera y, en el caso de los militares **profesionales de tropa y marinería**, la de militar de complemento o el acceso a una relación de servicios de carácter permanente, f) Ingreso en un centro de formación de la Guardia Civil,...i) Al cumplir treinta y ocho años el militar de complemento o treinta y cinco años el militar **profesional de tropa y marinería**").

Y la causa de resolución prevista en el apartado b), entiende esta sala que supone un concepto jurídico determinado: o se ha sido condenado por **delito doloso**, o no se ha sido. Y llama la atención, que en el caso del recurrente no ha sido una sola condena por **delito doloso** sino dos (conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y desobediencia a agente de la autoridad).

QUINTO.- Avala esta interpretación el criterio histórico aducido por la administración del Estado cuando advierte que la anterior *Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del régimen del Personal Militar Profesional establecía en su artículo 111.1* que "El compromiso contraído por los militares de empleo se resolverá como consecuencia de condena por **delito doloso** y se podrá resolver como consecuencia de **delito** culposo o sanción disciplinaria por falta grave, así como por pérdida de condiciones psicofísicas".

Esa diferencia del tenor literal del precepto revela la consideración de potestad discrecional ante supuestos de **delitos** culposos, pero nunca **dolosos**.

SEXTO.- Por otro lado, aunque tímidamente, el recurrente sugiere la vulneración del principio del "non bis in idem", debe rechazarse esta argumentación.

Una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido a destacar que no se incurre en el vicio de infracción del principio "non bis in idem" que afectaría al principio de legalidad y de tipicidad de las sanciones consagrado en el *art. 25,1 de la Constitución*, cuando, como aquí sucede se trate de hechos sancionados en el ámbito del Código Penal y los hechos sancionados en resolución administrativa. Y en el presente caso resulta más claro pues sin estar en el ámbito administrativo sancionador (simplemente la *ley 17/99* se refiere a la inexistencia de condena por **delito doloso**), responden ambas consecuencias a la necesidad de proteger intereses jurídicos bien diferentes, el de libertad personal en la sanción penal, y el del interés legítimo de la Administración de servir con objetividad los intereses generales (*art. 103,1 de la Constitución*) y el de asegurar el funcionamiento eficaz de los servicios públicos, vid. STS Sala 3ª, sec. 7ª de 22 de junio de 2004, rec. 2593/1999, las STS de 3 de mayo de 2000 EDJ 2000/12249 y 20 de mayo de 2000, así como la STC nº 234/91.

SÉPTIMO.- Finalmente, conviene analizar el hecho de que al tiempo de iniciarse el expediente de resolución del compromiso para el servicio del recurrente (13 de abril de 2004), aún no se había dictado el auto de 20 de abril de 2004 del juzgado de lo penal número 2 de Burgos que acordó la remisión de las penas que se impusieron y la cancelación de la inscripción realizada en la sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, disponiendo que este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

Sin embargo, al tiempo del dictado de la resolución impugnada; esto es, el 30 de junio de 2004, cuyos efectos se referían al tiempo de su publicación en el BOD (9 julio de 2004), lo cierto es que los antecedentes penales del recurrente estaban cancelados.

Y en este punto, procede acoger las pretensiones del recurrente. Si en el ámbito de derecho penal se ordena por el propio CP no tener por existentes los antecedentes penales no cancelados pero que debieron haberlo sido, con mayor razón deberá hacerse si esos antecedentes fueron cancelados.

A mayor abundamiento, la administración demandada ha dispuesto de mucho tiempo para poder iniciar y terminar el expediente de resolución del compromiso, "existente conditio", y no lo hizo.

Y la verificación de la concurrencia de la causa de resolución del compromiso, en este caso reglada

como se ha dicho más arriba, debe hacerse y existir al tiempo del dictado de la resolución que cause eficacia, y este dato no ha sido cumplido por la demandada. Al tiempo de resolver el expediente, el recurrente no poseía antecedentes penales, lo que de suyo implica no haber cometido delito alguno, a los efectos administrativos.

ÚLTIMO.- De conformidad con lo establecido el *artículo 139 de la LJCA de 1998*, no apreciándose mala fe o temeridad en ninguna de las partes del presente recurso, considera esta Sala procedente no hacer pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales originadas en el presente recurso.

Vistos los artículos precedentes y demás de pertinente aplicación, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que le confiere el Pueblo Español dicta el siguiente

FALLO

QUE CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº : 14 INTERPUESTO POR D. 1 CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL TENIENTE GENERAL JEFE DEL MANDO DE PERSONAL DE 30 DE JUNIO DE 2004, QUE RESUELVE SU COMPROMISO CON LAS FUERZAS ARMADAS (RESOLUCIÓN 562/10244/04) DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:

PRIMERO.- QUE LA MENCIONADA RESOLUCIÓN ES DISCONFORME A DERECHO POR LO QUE LA ANULAMOS, QUEDANDO SIN EFECTO JURÍDICO ALGUNO.

SEGUNDO.- CONDENAR A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA A READMITIRLE EN LAS MISMAS CONDICIONES EN LAS QUE PRESTABA SU COMPROMISO.

TERCERO.- NO HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Conforme establece el *art. 104 de la LJCA*, en el plazo de diez días, remítase oficio a la administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la administración que en el plazo de diez días deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

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

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la sentencia anterior por el Ilmo. Magistrado Ponente Sr. Zatarain Valdemoro en la sesión pública de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a diecinueve de Enero de dos mil seis, de que yo el Secretario de Sala certifico.

Ante mi.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS

C/ Bravo Murillo, 101 - planta 11. 28020 MADRID

Tel: 91 535 7770 - Fax: 91 535 7771

asuarez@suarezvaldes.es

www.suarezvaldes.es