



Roj: **STS 1025/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1025**

Id Cendoj: **28079150012020100036**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2020**

Nº de Recurso: **69/2019**

Nº de Resolución: **35/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Disciplinario Militar (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RICARDO CUESTA DEL CASTILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC 93/2019,**
ATS 11946/2019,
STS 1025/2020

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 69/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Cuesta Del Castillo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 35/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Angel Calderón Cerezo, presidente

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Jacobo Barja de Quiroga López

D. Fernando Marín Castán

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 201/69/19, interpuesto por el letrado D. Juan Carlos Rodríguez Segura en nombre, representación y defensa de D^a. Pilar , contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2019, dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Ordinario número 131/18, seguido en el Tribunal Militar Central. Comparece ante esta Sala, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia. Han dictado Sentencia los Excmos. Sres. Magistrados que al margen se relacionan.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Cuesta Del Castillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a. Pilar interpuso recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Territorial Central contra la resolución de fecha 24 de mayo de 2018 del general jefe del Mando Aéreo General, que estimaba parcialmente el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 4 de abril de 2018, dictada por el sargento jefe del Centro de Movilización nº 1, del Mando Aéreo General del Ejército del Aire, recaída en el expediente disciplinario por falta leve en la que se le imponía la sanción disciplinaria de diez días de



arresto como autora de la falta leve prevista en el artículo 6.17 de la Ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, imponiendo en su lugar una sanción de arresto de cuatro días.

SEGUNDO.- El Tribunal Militar Central resolviendo el recurso contencioso disciplinario militar ordinario número 131/18, dictó sentencia el día 27 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS, en la solicitud alternativa, el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario nº 131/18, interpuesto por la Cabo del Ejército del Aire, D.^a Pilar , contra la sanción disciplinaria de CUATRO DÍAS DE ARRESTO, que como autora de una falta leve del apartado 17 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas le había sido impuesta por el Excmo. Sr. General Jefe del Mando Aéreo General; acordada por dicha Autoridad el 24 de mayo de 2018, al ESTIMAR parcialmente el recurso de alzada que interpuso contra la sanción original consistente en DIEZ DÍAS DE ARRESTO que le había impuesto el Sargento Jefe del Centro de Movilización nº 1 en escrito de 4 de abril de 2018. Todo ello en el sentido de sustituir la sanción de ARRESTO por una de la de REPRENSIÓN.

En consecuencia se indemnizará a la Cabo del Ejército del Aire, D.^a Pilar , con la cantidad prevenida como dieta diaria por cada día de arresto efectivamente cumplido por la falta objeto del presente procedimiento. A la cantidad resultante se le aplicará los intereses que legalmente correspondan".

TERCERO.- Dicha sentencia contiene la siguiente relación de hechos probados:

"Que la Cabo del Ejército del Aire D.^a Pilar con destino en el Centro de Movilización nº 1 del Mando Aéreo (MAGEN), que se encontraba de baja desde el 8 de marzo, si bien notificó tal extremo vía mensaje de WhatsApp a su superior en el destino el mismo día, no firmó ni tramitó el parte prevenido en la Instrucción 1/2013 de 14 de enero, en los tres días siguientes a que se expidió el informe médico".

CUARTO.- Notificada la anterior sentencia, D. Juan Carlos Rodríguez Segura en nombre, representación y defensa de D.^a Pilar anunció su propósito de interponer contra la misma recurso de casación, que se tuvo por preparado por auto del Tribunal Militar Central de 9 de septiembre de 2019, emplazándose seguidamente a las partes para que compareciesen ante esta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de instancia en el presente recurso, por providencia de fecha 12 de noviembre de 2019 se convocó la Sección de Admisión de esta Sala para el siguiente día 20, a las 13:00 horas, a los efectos previstos en el art. 90 y ss. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformada por L.O. 7/2015, de 21 de julio, dictándose auto el mismo día 20 de noviembre en el que se acordaba la admisión del recurso de casación preparado en su día y concediendo al recurrente el plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición.

SEXTO.- El letrado D. Juan Carlos Rodríguez Segura en nombre, representación y defensa de D.^a Pilar , presenta escrito telemáticamente el día 12 de enero de 2020 formalizando el mismo, y en el que interesa la casación de la sentencia formulando dos alegaciones : la primera, al amparo del artículo 88.1.6 de la LJCA, por infracción de los artículos 24 y 25 de la CE, y vulneración de los artículos 26 y 32 de la LORDFAS y vulneración del artículo 47 de la LRJ delas Administraciones Públicas; y la segunda, también al amparo del artículo 88.1.d de la LJCA, en relación con el artículo 25 de la CE y de la Instrucción 1/2013 referida a las bajas médicas y en concreto a su apartado cuarto, vulneración del principio de legalidad.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 16 de enero de 2020 se tiene por formalizado el recurso de casación y se acuerda dar traslado del mismo al abogado del Estado para que en el término de treinta días formalice su escrito de oposición, verificándolo mediante escrito que tuvo su entrada por vía telemática el día 28 de enero de 2020, en el que solicita su desestimación.

OCTAVO.- Habiéndose solicitado por la parte recurrente la celebración de vista y acordando esta Sala no ser necesaria su celebración, por providencia de 20 de febrero de 2020 se señala para deliberación, votación y fallo el día 10 de marzo de 2020, a las 11:30 horas, que se celebró, con el resultado que aquí se expresa.

La redacción de la presente sentencia se ha finalizado por el magistrado ponente con fecha 13 de marzo de 2020

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente invoca la primera alegación del recurso al amparo del artículo 88.1.6 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, por infracción del art. 24 de la Constitución Española, y art. 25 correlativamente o principio de legalidad, igualmente "vulneración de los arts. 26 y 32 de la LORDFAS; vulneración del art. 47 de la LRJ de las Administraciones Publicas, el art. 33 alegado en la sentencia no tiene nada que ver".



Por razones metodológicas y de técnica casacional, procede analizar en primer lugar la alegación relativa a la falta de competencia del mando sancionador, y en su caso las consecuencias derivadas, ya que, de prosperar, no sería necesario entrar en el análisis del resto de alegaciones formuladas.

Sostiene el recurrente que el mando sancionador, el sargento Moret, Jefe del centro de movilización nº 1 de Madrid, carecía de la competencia sancionadora para imponer una sanción de diez días de arresto, que por la normativa de aplicación, ni siquiera podría imponer sanción de privación de libertad porque el propio reglamento sancionador se lo impide, que la sentencia convalida ese error nuevamente, al mantener la imposición de la mínima sanción a imponer, sin justificar el hecho y las circunstancias concurrentes y que, al carecer de potestad disciplinaria se han vulnerado los artículos 26 y 32 de la Ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Así mismo manifiesta el recurrente que la sentencia no entra a valorar la capacidad sancionadora del Sargento, y es preciso hacerlo, porque siendo nula de pleno derecho la sanción nunca pudo ser convalidada por el general jefe del Mando Aéreo General del Ejército del Aire (en adelante general jefe del MAGEN), entrando de lleno en la aplicación del art. 47 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que establece que la nulidad de un acto administrativo se produce cuando se obvia un procedimiento formal y se causa indefensión, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, siendo nulo el origen, es nulo todo el expediente.

SEGUNDO.- El artículo 26 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece las autoridades y mandos militares que tienen potestad disciplinaria y en el artículo 32, dedicado a la competencia sancionadora de las autoridades y mandos militares se dispone que las autoridades y mandos con potestad disciplinaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán imponer las siguientes sanciones:

" 1. El Ministro de Defensa, todas las sanciones disciplinarias.

2. El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, todas las sanciones excepto la separación del servicio.

El Subsecretario de Defensa podrá imponer al personal destinado en las estructuras central y periférica del Ministerio de Defensa y los organismos autónomos dependientes del Departamento las sanciones a las que se refiere el párrafo anterior.

3. Los oficiales generales con mando o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo, todas las sanciones por falta leve y grave, excepto la pérdida de destino.

4. Los jefes de regimiento o unidad similar, los comandantes de fuerza, unidad o buque de guerra y los jefes o directores de centro u organismo, todas las sanciones por falta leve.

5. Los jefes de batallón, grupo o escuadrón aéreo o unidad similar, las sanciones de reprensión, sanción económica hasta siete días y arresto hasta cinco días.

6. Los jefes de compañía o unidad similar, las sanciones de reprensión, sanción económica hasta cinco días y arresto hasta tres días.

7. Los jefes de sección o unidad similar, las sanciones de reprensión y sanción económica hasta tres días.

8. Los jefes de pelotón o unidad similar con categoría de Suboficial, la sanción de reprensión.

9. Los mandos interinos y accidentales tendrán las mismas competencias sancionadoras que los titulares a los que sustituyan"

El sargento sancionador, jefe del centro de movilización número 1 de Madrid, ni en el escrito dirigido a la encartada, para informarle de la incoación del procedimiento sancionador incoado por la comisión de una presunta infracción disciplinaria e información de sus derechos, ni en la resolución sancionadora se menciona el apartado de los artículos 26 y 32 la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que le puedan atribuir la competencia disciplinaria ejercida sobre la encartada, y, por otra parte, en la notificación de la resolución sancionadora se le hizo saber que contra la misma podía interponer recurso disciplinario de alzada ante el Excmo. Sr. general jefe del MAGEN.

Interpuesto el recurso de alzada por el general jefe del MAGEN, en la resolución de 24 de mayo de 2018, en relación con la alegación de falta de competencia del sargento jefe del Centro de Movilización número 1 de Madrid, se resolvió en el sentido de que "No asiste la razón a la interesada cuando argumenta la falta de potestad y competencia sancionadora del Jefe del Centro de Movilización núm.1, por falta de publicación en el BOD de su nombramiento. El Sargento Jefe del Centro de Movilización núm.1 fue destinado al mismo por Resolución 762/15919/17 (BOD núm.217 de 8 de noviembre) por lo que carece de virtualidad la alegación realizada. En su calidad de Jefe de Centro le corresponden las competencias y facultades previstas en la Ley



Orgánica de Régimen Disciplinario, dentro de las cuales se incluye la sanción impuesta. Y así el artículo 32.4 otorga competencia para imponer todas las sanciones por falta leve a, entre otros, "los jefes o directores de centro u organismo" como es el caso. Igualmente, se pone de manifiesto que en nada afectaría a lo anterior las manifestaciones de la interesada respecto de una sanción impuesta por un mando interino o accidental, toda vez que el apartado 9 del artículo 32 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, prevé las mismas competencias sancionadoras para éstos que las de los titulares a quienes sustituyan".

TERCERO.- En la sentencia, ahora recurrida, que es el objeto del presente recurso de casación, en el apartado 3 del antecedente de hecho Segundo expresamente se recogía que por la demandante se consideraba como vulnerado el ordenamiento jurídico y en concreto: " la falta de competencia sancionadora del mando que impuso la sanción, que relaciona con que el nombramiento inicial que el impuso el correctivo inicial no aparece el BOD (Boletín Oficial de Defensa) y además debería estar encuadrada su capacidad sancionadora en el 38.3 LORDFAS y no en el 33.6 LORDFAS".

No obstante lo anteriormente expuesto por el Tribunal de instancia en la sentencia, por una parte en el párrafo tercero del fundamento de derecho primero se establece que: "antes de entrar en el fondo de la solicitud debemos dejar constancia de que el verdadero objeto de nuestro análisis y al que referimos el razonamiento, no es la sanción original de diez días de arresto; que le fue impuesta a la hoy recurrente por el Sargento Jefe de Movilización número 1 del Mando Aéreo General del Ejército del Aire, sino la Resolución del Excmo. Sr. General Jefe del Mando Aéreo General que estimó parcialmente el recurso de alzada de la cabo había interpuesto contra la resolución anterior", y, por otra parte en el fundamento de derecho tercero se establece expresamente que: " Sin necesidad de entrar en la capacidad sancionadora que correspondería a un Suboficial que se encuentra al mando de una estructura militar, de un determinado nivel y hasta qué punto su competencia sancionadora quedara mejor integradas en uno u otro punto del artículo 32 LORDFAS; no cabe ninguna duda de que el Excmo. Sr. General Jefe del Mando Aéreo General tiene potestad para imponer los cuatro días de arresto que en definitiva es la sanción que se impuso como consecuencia del Expediente Disciplinario por falta leve".

Ha de partirse, por una parte, de que el general jefe del MAGEN puede imponer la sanción que en definitiva impuso al resolver el recurso de alzada interpuesto contra la resolución sancionadora del sargento jefe del Centro de Movilización número 1 de Madrid, al encontrarse incluido en el artículo 32.3, entre las autoridades con potestad disciplinaria, y por otra parte, en la Instrucción 1/2016 de 7 de enero del jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, por la que se desarrolla la organización del Ejército del Aire, en el anexo III se recogen como unidades con dependencia del general jefe del MAGEN entre otras, el Centro de Movilización número 1 de Madrid, y por tanto si bien el general jefe de MAGEN puede imponer la sanción de cuatro días de arresto, otra cosa es si el sargento jefe del Centro de Movilización número 1 tiene atribuida potestad disciplinaria y en su caso, las sanciones que puede imponer.

No falta razón a la recurrente, al sostener que por el Tribunal de instancia no se da respuesta a la alegación de la falta de competencia del sargento jefe del citado centro de movilización, pues tal y como se expone en la sentencia, ésta se limita a establecer que el general jefe del MAGEN tiene competencia para imponer la sanción de cuatro días de arresto que impuso al resolver el recurso de alzada interpuesto contra la sanción de seis días de arresto impuesta por el citado sargento, pero esta sala considera que no es lo mismo ni tampoco las consecuencias derivadas de ello, el poder ejercer la potestad disciplinaria al amparo del artículo 32.6 o en el 32.8, donde, tal y como seguidamente se expondrá, esta sala considera pudiese estar incluido el Sargento sancionador, Jefe del centro Movilización número 1 de Madrid.

En orden a poder determinar la entidad del denominado Centro de Movilización número 1 de Madrid, y por tanto concretar la competencia disciplinaria que pudiera ejercitar el Jefe del mismo, hay que partir de que las denominaciones que se dan a las Jefaturas señaladas en los citados artículos 26 y 32 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se corresponden con la organización, desarrollo y escalafonamiento del ejercicio del mando en el Ejército de Tierra, debiéndose por tanto, en lo relacionado con el Ejército del Aire y con la Armada, determinar qué unidad o unidades serían similares a las allí denominadas.

En este sentido en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en su disposición derogatoria única. "Derogaciones y vigencias", se establece que continuarán vigentes con el rango de orden ministerial entre otros, los artículos 24 al 73, de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, disponiéndose, en los artículos 24 y siguientes,- encuadrados dentro del título IV, bajo la denominación de "DE LOS MANDOS DE UNIDADES, CENTROS Y ORGANISMOS-, que el mando de las Bases, Acuartelamientos y Establecimientos lo ejercerá, con la denominación de Jefe, el de la Unidad, Centro u Organismo que los ocupe con carácter permanente; que el Jefe de cada Cuerpo o Unidad independiente será expresamente designado como tal. Tendrá como principal obligación la de preparar moral, física, táctica y técnicamente a su Unidad para que pueda cumplir su misión en el combate, siendo responsable de su empleo en ejercicios, maniobras,



campaña y cualquier otra circunstancia, y , en concreto en relación al mando de centro, en el artículo 47 bajo la denominación de "DEL MANDO DE CENTRO" se establece expresamente que "Las responsabilidades y atribuciones del Jefe de Centro son semejantes a las del mando de Cuerpo o Unidad independiente; la función específica y el carácter del propio Centro exigirán una serie de adaptaciones que figurarán en su libro de organización, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 102 y 103", definiéndose seguidamente los mandos de Batallón o grupo, de la Sección del mando de Compañía de escuadrón o batería y del mando de pelotón, equipo y escuadra.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y habida cuenta de que el denominado Centro de Movilización número 1 es una unidad militar dependiente directa y orgánicamente del general jefe del MAGEN y está integrada por personal de tropa al mando de un suboficial, esta sala considera que el citado Centro de Movilización no tiene entidad suficiente para establecer que su jefe tenga las responsabilidades y atribuciones semejantes a las del mando de Cuerpo o Unidad independiente y le correspondan, por tanto, las competencias y facultades previstas en el artículo 32.4 la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario, para imponer todas las sanciones por falta leve, sino que esta sala considera que es una unidad similar a un pelotón o equipo y tendría atribuida la competencia que en el apartado 8 del artículo 32 se asigna al jefe del pelotón, pudiendo por tanto imponer, al personal a sus órdenes, únicamente la sanción de reprensión, y en el caso de que considerase que correspondería una sanción más grave, debería dar cuenta al superior del que directa y orgánicamente depende, en este caso, el general jefe de MAGEN.

CUARTO.- Sentado lo anterior, por el recurrente se sostiene que siendo nula de pleno derecho la sanción que le fue impuesta por el sargento jefe del Centro de Movilización número 1 de Madrid, nunca pudo ser convalidada por el general, entrando de lleno en la aplicación del art. 47 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que establece que la nulidad de un acto administrativo se produce cuando se obvia un procedimiento formal, se prescinde del procedimiento causando indefensión que *"siendo nulo el origen, es nulo todo el expediente"*.

El citado artículo 47, dispone que los actos de la administración serán nulos de pleno derecho, en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio."

Por la recurrente se sostiene la nulidad de la resolución sancionadora dictada por el Sargento Jefe del Centro de Movilización, al considerar que *"se obvia un procedimiento formal, se prescinde del procedimiento y se causa indefensión que es lo que ha ocurrido en el presente caso, siendo nulo el origen, es nulo todo el expediente"*; al respecto, esta sala considera que la recurrente se limita a hacer tales manifestaciones, sin concretar ni determinar cómo y cuándo se ha infringido el procedimiento establecido para la corrección de la falta leve, por la que fue sancionada, ni que es lo que, en su caso, le ha podido causar indefensión, lo que sería motivo suficiente para no entrar a analizar tales alegaciones, pero no obstante, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva se dará debida respuesta a lo alegado.

Y, así, visto y examinado el procedimiento sancionador del que se deriva la sanción ahora recurrida, resulta que, el día 26 de marzo de 2018 la ahora recurrente fue informada por el sargento jefe del Centro de Movilización nº. 1 de Madrid de los hechos que se le imputaban y de los derechos que le asistían, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; dos días después, el día 28 de marzo, le dio el trámite de audiencia, alegando lo que a su derecho convino y aportando y proponiendo los medios de prueba que consideró pertinentes, y, el día 4 de abril de 2018 se dictó, por el sargento jefe del citado Centro de Movilización la resolución por la que se le imponía la sanción de 10 días de arresto, haciéndole saber



que contra la misma podía interponer recurso de alzada ante el general jefe del MAGEN e, interpuesto, fue estimado parcialmente, imponiéndole la sanción de cuatro días de arresto en lugar de los diez días impuestos por el citado sargento; y, por tanto, se considera que se ha observado escrupulosamente el procedimiento establecido en la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario para la corrección de las faltas leves, sin que se desprenda que se le haya ocasionado indefensión alguna, pues en todo momento tuvo conocimiento de los hechos que se le imputaban, fue informada de los derechos que le asistían, pudo, como así hizo, alegar y proponer los medios de prueba que consideró pertinentes al efecto y notificada la resolución sancionadora pudo, como también así hizo, interponer los recursos correspondientes.

No obstante, por esta sala, se considera que, a la vista de las alegaciones formuladas, realmente lo que sostiene la recurrente es que en modo alguno la sanción que le fue impuesta por el sargento jefe del citado Centro, pudo ser convalidada por el general jefe del MAGEN al resolver el recurso de alzada, ni por la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central, objeto del presente recurso de casación, al carecer de capacidad sancionadora el citado sargento; por lo que procede analizar y determinar si la sanción impuesta por el citado sargento es nula de pleno, como sostiene la recurrente, o anulable.

En este sentido, sí bien, en el artículo 47.1b) de la ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,-de aplicación subsidiaria, a tenor de la disposición adicional primera de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario en lo no previsto en el mismo-, se dispone que serán nulos de pleno derecho: "*Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o el territorio*", no obstante en el artículo 52.3, expresamente se dispone que: "*si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado*", extremo este que esta sala considera que concurre en el caso que nos ocupa, al resolverse por el general jefe del MAGEN el recurso de alzada interpuesto por la recurrente contra la sanción del citado Sargento, que depende directa y orgánicamente de aquél, que, a tenor del artículo 32.2 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario, tiene competencia para imponer al personal a sus órdenes, entre otras, la sanción de arresto.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el sargento jefe del Centro de Movilización nº. 1 tiene potestad disciplinaria sobre el personal a sus órdenes pero carece de competencia para imponer la sanción de arresto, -pudiendo imponer únicamente la sanción de reprensión-, al resolverse por el general jefe del MAGEN, como superior directo y jerárquico de aquél, el recurso de alzada, estimando parcialmente el mismo e imponiendo en su lugar la sanción de cuatro días de arresto, se considera que la sanción impuesta por éste no es nula de pleno derecho, sería anulable y por tanto susceptible de convalidación por el superior jerárquico, como así sucedió, ya que para que pudiese ser considerada nula de pleno derecho, se requeriría, tal y como establece el citado artículo 47.1b), que la falta de competencia del sargento fuese manifiesta, es decir, clara y evidente por razón de la materia o del territorio, circunstancias, que como ha quedado expuesto no concurren en el caso que nos ocupa; y, así, en este sentido en la sentencia de esta sala de 19 de septiembre de 2007, se establece que "*aunque la incompetencia constituye un vicio esencial del acto administrativo determinante de su invalidez, no siempre produce la nulidad de pleno derecho, habrá que determinar si en el supuesto contemplado concurren las en el apartado b) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 y consiguientemente la actuación del mando sancionador que corrigió en primer lugar a su sanación por la considerarse nula de pleno derecho o, por el contrario, al encontrarnos ante un acto simplemente anulable ha de considerarse susceptible de anulación, siendo posible su sanación por la intervención del superior jerárquico de quien dictó el acto viciado, según previene el artículo 67.3 de la referida Ley*", y seguidamente se señala que "*...lo s supuestos en que la incompetencia de la Administración determinaba la nulidad absoluta no convalidable eran sólo aquellos en los que la manifiesta incompetencia se producía por razón de la materia o del territorio, no alcanzando tal nulidad radical a los casos de incompetencia por razón de jerarquía...*", como ocurre el caso que nos ocupa; artículos 62,1b) y 67.3 de la citada Ley 30/92 que se corresponden literalmente, respectivamente, con los artículos 47.1b) y 52.3 de la vigente Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común que derogó la Ley 30/92.

QUINTO.- Por otra parte, la recurrente, al sostener que en todo caso la sanción impuesta era nula de pleno derecho y por tanto no convalidable, no planteó la posible extinción de la responsabilidad disciplinaria, por prescripción de la falta, cuando se produjo la sanción por la vía de la convalidación, pues hay que tener en cuenta que tal y como se señala en la sentencia de esta sala de 15 de julio de 2004 "*Es reiterada la doctrina de esta sala, recogida en las sentencias de 11 de febrero y 22 de abril de 2002 , sentencia de pleno de 20 de octubre de 2003 y sentencias de 1 de marzo y 17 de mayo de 2004 , que la eficacia del acto convalidante que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Ley 30/92 , se producirá desde su fecha, ha de tener lugar antes de que transcurra el plazo de prescripción de la falta*".

Al respecto ha de tenerse en cuenta que en el artículo 52 de la vigente ley 39/2015, se dispone expresamente que: "*El acto de convalidación producirá efectos desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la*



retroactividad de los actos administrativos", y, en este sentido en la sentencia de esta sala de 15 de julio de 2002 se establece que : "es reiterada doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias de 11 de febrero y 22 de abril de 2002 , sentencia del pleno de 20 de octubre de 2003 , y sentencias de 1 de marzo y 17 de mayo de 2004 , que la eficacia del acto convalidante que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Ley 30/92 se producirá desde su fecha, ha de tener lugar antes de que transcurra el plazo de prescripción para las faltas leves"

Por tanto, procede determinar si en la fecha en la que por el General Jefe del MAGEN se convalidó la sanción impuesta por el Sargento Jefe del Centro de Movilización había transcurrido el plazo establecido para la prescripción de la falta, al disponerse en el artículo 24 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario que las faltas leves prescriben a los dos meses a contar desde el día en que la infracción se hubiere cometido. Prescripción en la que, aunque no haya sido alegada por las partes, podemos entrar a examinar de oficio, pues tal y como se señala, entre otras, en la sentencia de esta sala de 17 de mayo de 2004: " *El instituto de la prescripción, en cuanto causa extintiva de la responsabilidad disciplinaria, tiene naturaleza material y contenido sustantivo, sobre cuya posible apreciación de oficio en cualquier estado del proceso, incluido el trámite casacional, se ha pronunciado con reiterada virtualidad el Tribunal Supremo, tanto su sala 3ª, sentencias 26.05.1989 y 21.05.190 , entre otras como esta sala 5ª 20.03.1991 , 28.09.1992 , 24.04.1996 , 14.02.1997 , 28.06.2002 ; entre otras; por tratarse de una cuestión de orden público, vinculada al principio de seguridad que se proclama en el artículo 9.3 CE , sentencias en las que así mismo, al igual que la sentencia de 15 de julio de 2004, se señala, con citas de las sentencias de esta sala de 17 de mayo de 2004 que "...la actuación sanadora de los vicios de la Resolución afectada de anulabilidad debe producirse dentro del plazo de prescripción de la falta de que se trate"*.

Y, así, en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la falta por la que fue corregida la recurrente se consumó el día 10 de marzo de 2018, cuando por el general jefe del MAGEN, el día 24 de mayo de 2018, se resolvió el recurso de alzada, -notificada el día 1 de junio de 2018-, ya habían transcurrido más de dos meses desde que se cometió la falta, y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario, la falta había prescrito y no podía ser corregida, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Reguladora del Régimen Disciplinario, la responsabilidad disciplinaria se extingue, entre otras causas, por la prescripción de la falta, lo que nos lleva a declarar la nulidad de la sanción recurrida, sin que sea ya necesario entrar a pronunciarse sobre la tipicidad y demás alegaciones planteadas en casación por la recurrente.

SEXTO. - La anulación de la sanción implica , tal y como se establece en el párrafo segundo de la sentencia del Tribunal Militar Central, el que la sancionada, la ahora recurrente, ha de ser indemnizada por los diez días de arresto indebidamente sufridos, pues, en el caso de anulación de sanciones de arresto, la jurisprudencia de esta sala viene sosteniendo constante y reiteradamente que la simple alegación del daño moral es suficiente, sin necesidad de prueba alguna para declarar el derecho a la indemnización, al ser inherente a la indebida privación de libertad.(por todas sentencias de 10 de mayo de 2011 y 29 de julio de 2019).

En lo que respecta a la cuantía indemnizatoria, si bien antes del vigente Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por los Tribunales Militares e incluso por el Consejo de Estado, cuando se reclamaba responsabilidad patrimonial por la anulación de sanciones privativas de libertad, por la disminución de lo impuesto, se venía estableciendo o proponiendo, una cantidad que oscilaba entre 50 y 80 euros por día de privación de libertad, según se hubiese cumplido o no en el domicilio, no obstante, en la Ley Orgánica 8/2014 de 4 diciembre de aprobación del vigente Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se establece un mecanismo automático de compensación económica de las limitaciones indebidas del derecho a la libertad producida en el vía disciplinaria, al disponer en el artículo 31.3 que "si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por parte del expedientado por inexistencia de infracción o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida previa adoptada, se le compensará, por cada día de exceso que permaneció arrestado con una indemnización que será el importe fijado para la dieta en territorio nacional".

Y, así, por una parte, hay que acudir a lo establecido en el Real Decreto 462/2002 de 24 de mayo, de indemnizaciones por razón del servicio, en el que expresamente se plasma y regula la dieta diaria a percibir por el personal por razones del servicio en territorio nacional y en el Anexo I se establecen, -atendiendo a la clasificación del personal en tres grupos diferenciados-, las cuantías correspondientes para la dieta en territorio nacional, según el grupo en que se encuentre incluido el interesado, actualizándose periódicamente y, por otra parte, al no concretar el citado artículo 31.3 qué grupo debe tomarse como referencia para determinar la cuantía de la indemnización, reiterada y constantemente se viene estableciendo que la indemnización, por el hecho en sí de la privación de libertad, en todo caso debe ser la correspondiente a la cuantía máxima establecida en el citado Real Decreto, independientemente del grupo en el que pueda estar incluido el indebidamente privado de libertad; cuantía que actualmente está establecida en 155,90 euros día, fijándose por tanto la indemnización en 1.555,90 euros más los intereses legales hasta el efectivo pago de la misma.



SÉPTIMO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la LO. 4/1.987 de 15 de julio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación contencioso disciplinario militar ordinario número 201/69/19, interpuesto por el letrado D. Juan Carlos Rodríguez Segura en nombre, representación y defensa de D^a. Pilar , contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2019, dictada en el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Ordinario número 131/18, seguido en el Tribunal Militar Central interpuesto contra la resolución de fecha 24 de mayo de 2018 del general jefe del Mando Aéreo General del Ejército del Aire, que estimaba parcialmente el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 4 de abril de 2018, dictada por el sargento jefe del Centro de Movilización nº 1, del Mando Aéreo General del Ejército del Aire, actos que anulamos por ser contrarios a derecho y en consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia y en su lugar declaramos que la falta se hallaba prescrita cuando se dictó la resolución por el general jefe del del Mando Aéreo General del Ejército del Aire.

2.- Declaramos el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 1.555,90 euros (155,90 euros por día de privación de libertad) más el interés legal de la citada cantidad hasta el efectivo pago de la indemnización

3.- Declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y remítase testimonio de esta sentencia al Tribunal Militar Central, en unión de las actuaciones que en su día elevó a esta Sala e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Téngase en cuenta para el cómputo de los plazos procesales lo previsto en la Disposición Adicional Segunda del RD 463/2020, de 14 de marzo y art. 2º RD Ley 16/2020, de 28 de abril.