



Roj: **STS 860/2020 - ECLI:ES:TS:2020:860**

Id Cendoj: **28079150012020100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2020**

Nº de Recurso: **53/2019**

Nº de Resolución: **29/2020**

Procedimiento: **Recurso contencioso-disciplinario militar ordinario**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

REC. CONTENCIOSO. DISCIPLI. **MILITAR** ORDINARIO núm.: 53/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 29/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Angel Calderón Cerezo, presidente

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Fernando Marín Castán

En Madrid, a 11 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso contencioso-**disciplinario militar** ordinario núm. 204/53/19, interpuesto por el Cabo de Tropa Permanente del Ejército de Tierra, Don Esteban , representado por el procurador de los tribunales don Francisco Inocencio Fernández Martínez, frente a la resolución de fecha 21 de junio de 2019, dictada por la Excmo. Sra. Ministra de Defensa, que desestimaba el recurso de reposición formulado contra otra resolución de fecha 19 de febrero de 2019, también de la Excmo. Sra. Ministra de Defensa, por la que se le imponía la sanción disciplinaria de separación de servicio, en virtud de expediente **disciplinario** NUM000 que se le instruyó, como autor de una falta muy grave prevista en el núm. 8 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 3 de diciembre, de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas. Ha sido parte recurrida el Ilmo. Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de febrero de 2019, la Excmo. Sra. Ministra de Defensa, y atendido el informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio, resolvió imponer, al Cabo de Tropa Permanente del Ejército de Tierra Don Esteban , la sanción disciplinaria de Separación del Servicio, en virtud del expediente **disciplinario** que como autor de la falta muy grave prevista en el núm. 8 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas, se había instruido. Dicha resolución fue ratificada con fecha 21 de junio de 2019 con la desestimación del recurso de reposición interpuesto por el sancionado.



SEGUNDO.- Los hechos que dieron lugar a la imposición de dicha sanción, y se declaran como probados en la resolución sancionadora, resultan ser los siguientes:

"El 18 de octubre de 2016 se realizó una prueba para la detección del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas al expedientado en el presente procedimiento, Cabo DON Esteban , dentro del marco DE LO PREVISTO EN EL Plan General de Prevención de Drogas en las FAS. Analizada la muestra de orina tomada al mismo, se detectó que había dado positivo a consumo de COCAÍNA, resultado positivo confirmado por el Laboratorio de Referencia de Drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, siendo notificado dicho resultado positivo al encartado con fecha 9 de noviembre de 2016 (folios 10 y 11), siendo expresamente advertido de que podía solicitar contraanálisis de la referida muestra de orina así como la prueba de comprobación genética y de las consecuencias que de dicho resultado positivo podían derivarse, entre ellas la posible adopción de medidas disciplinarias, de la posibilidad de contar con la ayuda de los servicios sanitarios de la Unidad, sin que el encartado solicitara ni contraanálisis de la misma ni la prueba de comprobación genética.

2.- El 3 de abril de 2017 se realizó un nuevo control de drogas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las FAS, al que se sometió al expedientado, resultando que la muestra de orina tomada al mismo el citado día, había dado positivo a consumo de COCAÍNA, resultado positivo confirmado por el Laboratorio de Referencia de Drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, siendo notificado dicho resultado positivo al encartado con fecha 8 de mayo de 2017 (folios 31 y 32), siendo expresamente advertido de que podía solicitar contraanálisis de la referida muestra de orina así como la prueba de comprobación genética, y de las consecuencias que de dicho resultado positivo podían derivarse, entre ellas la posible adopción de medidas disciplinarias, sin que el expedientado solicitara el contraanálisis de la misma ni la prueba de comprobación genética.

3.- El 28 de noviembre de 2017 se realizó un nuevo control de drogas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las FAS, al que se sometió al expedientado, resultando que la muestra de orina tomada al mismo el citado día, había dado positivo a consumo de COCAÍNA, resultado positivo confirmado por el Laboratorio de Referencia de Drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, siendo notificado dicho resultado positivo al encartado con fecha 3 de enero de 2018 (folios 55 y 56), siendo expresamente advertido de que podía solicitar contraanálisis de la referida muestra de orina así como la prueba de comprobación genética, y de las consecuencias que de dicho resultado positivo podían derivarse, entre ellas la posible adopción de medidas disciplinarias.

Solicitado por el expedientado el contraanálisis de la supracitada muestra de orina, el Instituto de Toxicología de la Defensa confirmó el resultado positivo a consumo de COCAÍNA (folios 68 a 71).

4.- El 20 de marzo de 2018 se realizó un nuevo control de drogas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las FAS, al que se sometió al expedientado, resultando que la muestra de orina tomada al mismo el citado día, había dado positivo a consumo de COCAÍNA, resultado positivo confirmado por el Laboratorio de Referencia de Drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, siendo notificado dicho resultado positivo al expedientado con fecha 20 de abril de 2018 (folios 107 y 108), siendo expresamente advertido de que podía solicitar contraanálisis de la referida muestra de orina así como la prueba de comprobación genética, y de las consecuencias que de dichos resultados positivos podían derivarse entre ellas la posible adopción de medidas disciplinarias, sin que el expedientado solicitara el contraanálisis de la supracitada muestra de orina ni la prueba de comprobación genética.

5.- El 19 de abril de 2018 se realizó un nuevo control de drogas dentro del marco de lo previsto en el Plan General de Prevención de Drogas en las FAS, al que se sometió al expedientado, resultando que la muestra de orina tomada al mismo el citado día, había dado positivo a consumo de COCAÍNA, resultado positivo confirmado por el Laboratorio de Referencia de Drogas del Instituto de Toxicología de la Defensa, siendo notificado dicho resultado positivo al encartado con fecha 21 de mayo de 2018 (folios 132 y 133), siendo expresamente advertido que podía solicitar contraanálisis de la referida muestra de orina así como la prueba de comprobación genética, y de las consecuencias que de dicho resultado positivo podían derivarse, entre ellas la posible adopción de medidas disciplinarias, sin que el expedientado solicitara el contraanálisis de la supracitada muestra de orina ni la prueba de comprobación genética".

TERCERO.- Contra referida resolución sancionadora, se ha presentado ante esta Sala, escrito de interposición de recurso contencioso **disciplinario militar** ordinario. El recurso se siguió por sus trámites procesales, y con fecha 9 de octubre de 2019, el recurrente dedujo su demanda en base a las alegaciones:

-Entiende que en la instrucción del expediente **disciplinario** se ha incumplido del art. 49.2, párrafo segundo, de la L.O. 8/14 de 4 de diciembre de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas.



-Como pretensiones subsidiarias argumenta los positivos en las pruebas de detección de drogas y declaraciones e informes que se incorporan en el expediente.

Terminaba suplicando a la Sala, se declare contraria a **derecho** la resolución recurrida por haber sido instruido el expediente por un órgano manifiestamente incompetente ya que el instructor del mismo no pertenece al Cuerpo Jurídico **Militar** o, subsidiariamente, se declare contraria a **derecho** por vulnerar los principios de tipicidad y proporcionalidad, a la vista de los motivos expuestos.

Mediante Otrosí se solicitó el recibimiento a prueba, habiéndose admitido y practicado la propuesta y declarada pertinente con el resultado que consta en autos.

CUARTO.- Conferido traslado del escrito de demanda al Ilmo. Sr. Abogado del Estado, por plazo de quince días, evacuó en tiempo y forma, escrito de contestación en el que solicita se dicte sentencia desestimatoria del presente recurso, por ser plenamente ajustada a **Derecho** la resolución recurrida.

QUINTO.- Dado traslado a las partes, por término de diez días, para que presentaran las conclusiones que estimaran oportunas, lo realizaron en sus correspondientes escritos, con el resultado que obra unido a las actuaciones.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se acordó señalar, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del recurso el día 10 de marzo de 2020; lo que se llevó a efecto con el resultado que a continuación se expresa.

Habiendo redactado el ponente la presente Sentencia con fecha del siguiente día de su deliberación.

HECHOS PROBADOS

La Sala establece como tales los mismos que figuran en la correspondiente relación fáctica de la resolución sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso directo ante esta Sala resolución de la Excm. Sra. Ministra de Defensa de fecha 21 de julio de 2019, en la que se desestimó recurso de reposición deducido contra decisión adoptada el 19 de febrero anterior, que acordó imponer una sanción de separación del servicio al Cabo de Tropa Permanente del Ejército de Tierra Esteban, como autor de la falta muy grave prevista en el núm. 8 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas ("Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas... de forma reiterada fuera del servicio").

Las alegaciones del recurso se centran, en síntesis, en el pretendido incumplimiento, en la instrucción del expediente **disciplinario**, de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 49.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas, y, en segundo término, en lo que se denominan "pretensiones subsidiarias" (relativas a los positivos en las pruebas de detección de drogas incorporadas en el curso de la tramitación del expediente, en la declaración de un Comandante Psicólogo, a un informe del psicólogo civil, a los IPEC'S del expedientado, y, finalmente, a las declaraciones de sus superiores).

SEGUNDO.- La primera alegación del recurrente se basa en que el instructor del expediente **disciplinario** fue un capitán de complemento, no de carrera, incumpliendo la previsión del párrafo segundo del artículo 49.2 de la Ley Orgánica de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, haberse producido una nulidad de pleno **derecho**, ex artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("órgano manifiestamente incompetente"). Se añade que esa circunstancia también obtendría encaje en el apartado 1.a) (actos "que lesionen los **derechos** y libertades susceptibles de amparo constitucional") y que existiría inmotivación (artículo 35.1 de la Ley 39/2015, en relación con el artículo 24 de la Constitución).

Establece el artículo 49.2 de la Ley Orgánica 8/2014, en su párrafo segundo, que "en todo caso, si el procedimiento se inicia por la presunta comisión de una falta muy grave, el nombramiento de instructor recaerá siempre en un oficial del Cuerpo Jurídico **Militar**", y esa previsión, aparejada a un prolijo y elaborado estudio de la regulación de los **militares** de complemento en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera **militar**, constituye el núcleo esencial de la argumentación del recurrente.

Pues bien, y precisamente a partir del articulado de esa última norma, pueden extraerse una serie de consideraciones que convierten en inviable la alegación. En su Preámbulo, apartado IV, se indica que "las necesidades de **militares** profesionales de las Fuerzas Armadas son cubiertas por **militares** de carrera, **militares** de tropa y marinería y, en determinados supuestos, por **militares** de complemento", añadiendo que "se conserva la figura del **militar** de complemento, reforzando su carácter temporal con compromisos limitados



hasta un máximo de ocho años", con la particularidad de que respecto de "los sujetos a la Ley 17/1999, de 18 de mayo, se establece un régimen que les permita, al igual que a los de tropa y marinería, mantener un compromiso de larga duración hasta los cuarenta y cinco años, durante el cual podrán adquirir la condición de **militares** de carrera de la forma que se regula específicamente para ellos, y a cuya finalización pasarán a ser reservistas de especial disponibilidad". Concreta el artículo 3.3 que "los **militares** de complemento son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas".

Por su parte, el artículo 18 ("Provisión de plazas de las Fuerzas Armadas") alude a las plazas que correspondan para el acceso a **militares** de complemento y el 25 ("Cuerpos y escalas") en su apartado 1 determina que "los **militares** de carrera y los **militares** de tropa y marinería se integrarán, y los **militares** de complemento se adscribirán, en los distintos cuerpos de acuerdo con los cometidos que deban desempeñar".

Relevante resulta, por ser de aplicación a todos los **militares** con independencia de su categoría u origen, que el artículo 42 establezca que "la capacidad profesional específica de los miembros de las Fuerzas Armadas para ejercer las competencias correspondientes a cada puesto orgánico se determinará por los cometidos de su cuerpo, por las facultades de su escala y especialidad y por su empleo. Dicha capacidad habilita, conforme a los títulos **militares**, académicos y profesionales que se posean, a los que se integran o adscriben en cada cuerpo y escala para el ejercicio de sus competencias y el desempeño de sus cometidos en todos aquellos destinos o puestos que puedan ocupar" (apartado 1), y que "Todos los **militares** realizarán los servicios, guardias y comisiones que en su categoría y empleo puedan corresponderles en su unidad, centro u organismo, unidad superior de su cadena orgánica o, en su caso, de otra en su entorno geográfico, siempre que no exista ninguna limitación legal o reglamentaria" (apartado 3).

Culminando nuestro recorrido por la Ley de la Carrera **Militar** a los fines debatidos, agregar que su artículo 60 se refiere al "Acceso a **militar** de complemento" y que -lo que resulta de notorio interés- el 77 (dentro del capítulo II del Título V, atinente a "Condición y compromisos de los **militares** profesionales") en su apartado 1, determina que la condición de **militar** de complemento se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo, y que su compromiso se vincula a "los cometidos de los cuerpos a los que se adscriban".

Dicho esto, a la vista de los preceptos de la Ley de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas y de la Ley de la Carrera **Militar**, pueden inferirse varias conclusiones:

-La Ley de Régimen **Disciplinario** en nada excluye a los Oficiales de complemento adscritos al Cuerpo Jurídico **Militar** de la instrucción de expedientes **disciplinarios**. No es dable advertir prohibición o distingo alguno en el párrafo segundo del título 49.2 de la Ley Orgánica 8/2014.

-Los **militares** de complemento traban una relación de servicios profesionales con la finalidad de atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas, adscribiéndose al Cuerpo que corresponda, en este caso al Cuerpo Jurídico **Militar**, de acuerdo con los cometidos inherentes al mismo.

-Ese desempeño ha de entenderse pleno, salvo la limitación legal o reglamentaria que pudiera existir.

-El compromiso de los oficiales de complemento está ligado a los cometidos del cuerpo al que se adscriben.

En fin, la norma disciplinaria, al referirse a "Oficial del Cuerpo Jurídico **Militar**", en nada contempla una especificación, diferenciación, discriminación o distingo entre oficiales del Cuerpo o adscritos a él, regulación a la que sería, por tanto, predicable el brocardo jurídico de antañona traza que proclama *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A ello coadyuva la propia regulación de la carrera **militar** en su norma específica, en cuanto permite deducir, tanto en su preámbulo como en concretos preceptos ("necesidades de **militares** profesionales", "atender necesidades específicas", "cometidos que deban desempeñar", "cometidos de los cuerpos a los que se adscriban...") que la figura del oficial de complemento subviene a las necesidades del cuerpo al que se adscribe, que en el caso del Cuerpo Jurídico **Militar** -y así ha sido históricamente- pueden ser relativas tanto a las funciones asesoras como a las jurisdiccionales que le son propias (artículo 37 de la Ley 39/2007).

La consecuencia obligada es que ni es dable invocar inmotivación, cuando el procedimiento se ha incoado conforme a **Derecho**, dando lugar a una decisión cumplida y cabalmente razonada, ni una nulidad de pleno **derecho**, sea por la intervención de un órgano manifiestamente incompetente, cuando la incompetencia, como es bien sabido, ha de ser manifiesta, patente, evidente, clara u ostensible (por todas Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003), lo que incluso no sería el caso, sea por lesionarse **derechos** y libertades susceptibles de amparo constitucional, lo que tampoco acontece a la vista de cuanto hasta ahora razonamos, que evidencia, insistimos, un trámite acomodado al ordenamiento jurídico sin ningún atisbo de indefensión o conculcación de **derechos** del expedientado.



La alegación no puede prosperar.

TERCERO.- Igual suerte ha de correr el segundo pilar del recurso, una alegación denominada "pretensiones subsidiarias" y que engloba una pluralidad de causas que pueden sistematizarse en dos, la relativa a la ampliación del expediente **disciplinario** a dos controles de drogas que afloraron durante su tramitación, y, en segundo término, la atinente a la valoración de un elenco de documentos y declaraciones que pudieran respaldar se hubiese vulnerado el principio de proporcionalidad.

Respecto de la primera conviene precisar que si bien el expediente, en un principio, se tramitó por haberse detectado tres positivos en los correspondientes controles de drogas, posteriormente se produjeron otros dos, respecto de los que se recibió nueva declaración al encartado (folio 175 del expediente), que reconoció los hechos, con nuevo acuerdo de inicio (folios 176 y 177), notificado al interesado (folio 178), actuaciones todas producidas el día 26 de junio de 2018. Ninguna vulneración de **derechos** es posible advertir, el expedientado pudo alegar respecto de todos los positivos detectados y manifestar cuanto a su interés conviniese.

En cuanto a la segunda vertiente, si bien ha de convenirse en que el conjunto integrado por declaraciones de sus mandos, sus informes personales y sendos informes psicológicos, dibujen un perfil personal del encartado que no resulta desfavorable, lo cierto es que no pueden enervar el dato objetivo, por otra parte reconocido por el propio sancionado, de la existencia de cinco positivos por consumo de cocaína, droga de las denominadas "duras", sobre la que esta Sala tiene expresado (por todas, Sentencias de 7 de marzo de 2017; procedimiento nº 30/2017, y 19 de marzo de 2018, procedimiento nº 122/2017) que "nuestra jurisprudencia por la imposición de la sanción más rigurosa tratándose del consumo de cocaína, por la especial incidencia negativa que su consumo adictivo produce en las facultades psicofísicas de las personas; lo que adquiere especial relevancia cuando se refiere a los profesionales de las Fuerzas Armadas que, entre otros cometidos que desempeñan, resultan ser los depositarios de la fuerza de las armas que la Nación les entrega".

En suma, la resolución combatida anuda una consecuencia lógica -la separación del servicio- a unos hechos absolutamente incompatibles con la condición **militar**, una conducta típica integrada por cinco positivos por consumo de cocaína, encuadrada en el artículo 8.8 de la Ley Orgánica de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas, en relación con el artículo 10 de la misma norma ("A los efectos de esta ley, se entiende que una conducta típica es reiterada cuando se realiza en tres o más ocasiones en el periodo de dos años, que se computará de fecha a fecha desde la comisión del primero, aunque los hechos aislados hayan sido sancionados"), pues, como anticipamos al denegar el otorgamiento de medida cautelar, nos encontramos ante un tipo **disciplinario** que protege, además del prestigio de la Institución **militar**, el propio servicio, que no puede ser desempeñado en las mínimas condiciones exigibles por quien consume, con reiteración, drogas tóxicas o estupefacientes, lo que supone un riesgo tanto para la integridad del servicio como para los demás miembros de las Fuerzas Armadas (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2004).

En consecuencia, resulta de todo punto inviable sostener se hubiese quebrantado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

La alegación y el conjunto de la demanda han de fracasar.

CUARTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia **Militar**, conforme al artículo 10 de la L.O. 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.- Desestimar el recurso contencioso **disciplinario militar** ordinario núm. 204/53/19, formulado por la representación procesal del Cabo de Tropa Permanente del Ejército de Tierra, Don Esteban , frente a la resolución de fecha 21 de junio de 2019, dictada por la Excm. Sra. Ministra de Defensa, que desestimaba el recurso de reposición formulado contra otra resolución de fecha 19 de febrero de 2019, también de la Excm. Sra. Ministra de Defensa, por la que se le imponía la sanción disciplinaria de separación de servicio, en virtud de expediente **disciplinario** NUM000 que se le instruyó, como autor de una falta muy grave prevista en el núm. 8 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 3 de diciembre, de Régimen **Disciplinario** de las Fuerzas Armadas.

2.- Confirmar las resoluciones recurridas por ser conformes a **derecho**.

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

Notifíquese esta resolución a las partes con remisión de testimonio a la autoridad sancionadora, devolución de los antecedentes que en su día elevó a esta Sala, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Ángel Calderón Cerezo

Clara Martínez de Careaga y García Fco. Javier de Mendoza Fernández

José Alberto Fernández Rodera Fernando Marín Castán

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ