



Roj: **SAN 3152/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3152**

Id Cendoj: **28079230052023100488**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **21/06/2023**

Nº de Recurso: **29/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN QUINTA**

**Núm. de Recurso:** 0000029 /2023

**Tipo de Recurso:** APELACION

**Núm. Registro General :** 00131/2023

**Apelante:** D. Felipe

**Apelado:** MINISTERIO DE DEFENSA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ**

### **SENTENCIA EN APELACION**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D<sup>a</sup>. MARGARITA PAZOS PITA

D<sup>a</sup>. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso de apelación número 29/2023, interpuesto por **D. Felipe**, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Martínez Martínez y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Susana Miras Miguel, contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2020, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, dictada en el procedimiento abreviado número 135/2022, habiendo comparecido como parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por la Sra. Abogada del Estado.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. Eduardo Hinojosa Martínez**.

### **AN TECEDENTES DE HECHO**

*PR IMERO*.- Desarrollo de la primera instancia



Por el ahora apelante, Sargento del Ejército de Tierra, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 18 de abril de 2022, de la Subsecretaría de Defensa, actuando por delegación de la Ministra de Defensa, confirmada en reposición por la de 28 de junio siguiente, que acordó su pase "...a la situación administrativa de SUSPENSIÓN DE FUNCIONES SIN CESE EN EL DESTINO, por razón del Sumario 52/07/19 del Juzgado Togado Militar Territorial nº 52 de las Palmas de Gran Canaria, que se le sigue..".

Turnado al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, el recurso se admitió a trámite, siendo sustanciado de acuerdo con las normas del procedimiento abreviado, con el número 135/2022.

Celebrado el correspondiente juicio oral, el procedimiento terminó por Sentencia de 22 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: "...Que desestimando el recurso contencioso administrativo planteado por D. Felipe , asistido por la Letrada D.ª SUSANA MIRAS MIGUEL, frente al MINISTERIO DE DEFENSA, representado y asistido por el ABOGADO DEL ESTADO y contra la resolución impugnada, debo declarar ajustada a derecho la misma. Sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas..".

**SE GUNDO.-** Interposición y sustanciación del recurso de apelación

Notificada dicha sentencia a las partes, por el demandante se ha interpuesto recurso de apelación, al que se ha opuesto la Administración demandada, y habiéndose recibido las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnadas a esta Sección, quedaron concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar el 20 de junio de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Resolución judicial impugnada

Mediante la sentencia apelada el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9 desestimó el recurso interpuesto por el ahora apelante, Sargento del Ejército de Tierra, frente a la resolución de 18 de abril de 2022, la Secretaria de Defensa, actuando por delegación de la Ministra de Defensa, confirmada en reposición por la de 28 de junio siguiente, que acordó su pase a la situación administrativa de suspensión de funciones sin cese en destino, con fundamento en su procesamiento por Auto 10 de agosto de 2021, del Juzgado Togado Militar Territorial nº 52 de las Palmas de Gran Canaria, dictado en el Sumario 52/07/19, seguido por la comisión de un delito contra la eficacia del servicio, al haber autorizado como Jefe de Pelotón, durante la realización el 6 de septiembre de 2018 de un ejercicio de fuego real nocturno, que uno de los soldados a su mando portase una luz verde en su frontal a pesar de conocer que el punto marcado con láser verde era designador de blancos y la necesidad de portar luces rojas como elemento de seguridad, siendo dicho soldado alcanzado por un disparo. La resolución recurrida en origen se remitía en cuanto a su motivación al previo informe de 11 de marzo de 2022 de la Asesoría Jurídica General del Ministerio (folios 29 y siguientes del expediente administrativo).

La sentencia apelada rechazó las alegaciones del recurrente sobre la existencia de defectos procedimentales relacionados con su falta de audiencia, que no se consideró producida, y sobre la insuficiente motivación de la resolución recurrida por la desconsideración del informe emitido por el Jefe de la Unidad del actor en favor de la no adopción de la medida, que, sin embargo, según la Juzgadora de primera instancia, sí lo tuvo en cuenta al acordar el mantenimiento del recurrente en su destino.

La sentencia descartó asimismo la alegada omisión de los presupuestos exigidos a la medida por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, y concretamente, el del procesamiento del recurrente, quedando justificadas las razones que llevaron a su adopción y, en concreto, la especial gravedad de los hechos imputados y la afección a la imagen y los bienes jurídicos esenciales de la Institución Militar, como la eficacia del servicio, la disciplina y la salud o integridad física de las personas, teniendo los hechos repercusión social, sin que, finalmente, se atribuyera trascendencia invalidante a la no fijación de un determinado plazo para la suspensión, que en tal caso no habría de ser superior a seis meses.

**SEGUNDO.-** Cuestiones planteadas por las partes

Tras exponer los antecedentes del supuesto y el régimen jurídico al que se somete la adopción de la medida cuestionada, mediante el recurso de apelación interpuesto el actor insiste en los dos fundamentos básicos de su demanda, mencionando en el plano formal la falta de audiencia tras el informe emitido en el procedimiento por el General de Ejército Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, que propuso la adopción de la medida.

Sobre las cuestiones de fondo debatidas el apelante rechazó la observación de la sentencia apelada sobre la valoración efectiva por la resolución recurrida de los presupuestos legalmente impuestos a la suspensión acordada, con referencia especial a la desconsideración en tal sentido del informe del Jefe del Regimiento de Infantería "Canarias 50", en el que aquel se encontraba destinado, reprochado asimismo a la Administración



la atención a la gravedad penal, no administrativa, de la medida, y su desproporción, entre otras razones, por el largo tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos.

El apelante descarta también la existencia de perjuicio para las Fuerzas Armadas que pudiera derivarse de la no adopción de la suspensión de funciones, así como la alarma social que los hechos habrían llegado a producir, insistiendo asimismo en el indebido silencio de las resoluciones recurridas sobre el plazo de la suspensión acordada.

Finalmente, el recurso de apelación menciona la falta de respuesta en vía administrativa a la solicitud de suspensión cautelar de la resolución recurrida en origen, incluida en el recurso de reposición interpuesto, y que habría de entenderse acordada al no haberse resuelto expresamente dicho recurso una vez transcurrido un mes desde su interposición.

Rechazando la ausencia de irregularidad procedimental alguna, la apelada, por su parte, destaca la concurrencia en el caso del presupuesto básico exigido, del procesamiento del recurrente, así como la valoración por la Administración de las circunstancias que debieron tomarse en consideración, como la gravedad de los hechos imputados y la alarma social producida, rechazando también la queja del apelante sobre la omisión de un determinado plazo para la suspensión, que se dice salvado por las propias previsiones sobre su duración máxima de seis meses.

Finalmente, la Sra. Abogada del Estado rechaza las argumentaciones de la recurrente sobre la suspensión de la medida acordada en virtud de la demora en la resolución del recurso de reposición interpuesto, extremo este que la Sra. Letrada del actor, en la vista de la primera instancia, dijo no mantener ya al haberse finalizado en aquel momento la suspensión de funciones acordada.

**TE RCERO.-** El tratamiento jurídico de la suspensión de funciones de los militares profesionales

Entre las situaciones administrativas en que pueden hallarse los militares profesionales, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, incluye la de suspensión de funciones [artículo 107.1.d)], que "...se podrá acordar como consecuencia del procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar contra el imputado en un procedimiento penal o por la incoación de un procedimiento disciplinario por falta muy grave.." (artículo 111.1).

Sobre lo que ahora interesa, la Ley 39/2007 añade que para la adopción de la medida el Ministro de Defensa habrá de valorar "...la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio que la imputación infiera a las Fuerzas Armadas o la alarma social producida.." (artículo 111.2), que "...el periodo máximo de permanencia en esta situación será de seis meses o el de la duración de la prisión preventiva, caso que se hubiere acordado por la autoridad judicial en algún momento del procedimiento y fuese superior a seis meses.." (artículo 111.2.4º) y que en todos los supuestos relacionados con la adopción o terminación de la suspensión "...antes de adoptar la correspondiente resolución, se dará trámite de alegaciones al interesado.." (artículo 111.7).

Tales previsiones se reiteran y desarrollan en el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales, aprobado por Real Decreto 1111/2015, de 11 de diciembre [artículos 12.d) y 32].

En definitiva, como ha dicho esta Sección en su Sentencia de 29 de septiembre de 2021 (apelación 66/2021), "...para acordar el pase a esa situación, es necesaria la concurrencia de un presupuesto objetivo - el procesamiento, inculpación o adopción de alguna medida cautelar en un procedimiento penal, por un lado, o la invocación de un procedimiento disciplinario por falta muy grave, por otro- al que sigue una valoración de las circunstancias legales previstas -la gravedad de los hechos imputados, la posible prisión preventiva, el perjuicio de la imputación a las Fuerzas Armadas y la alarma social producida-, que ha de hacer el máximo responsable del Departamento..".

**CU ARTO.-** Sobre la falta de audiencia alegada por el apelante

Siguiendo un orden lógico, del conjunto de razones en que se sustenta el presente recurso de apelación debe ante todo abordarse la relacionada con el hecho de no haberse trasladado al apelante el informe emitido en las actuaciones administrativas por el General de Ejército Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, sobre el que tampoco se habría dado la posibilidad de formular alegaciones, errando la Juzgadora *a quo* al afirmar que el recurrente no las formuló en el trámite de audiencia, tras la comunicación de la propuesta de resolución, cuando, como aquel dice, no conocía dicho informe ni su opinión favorable a la adopción de la medida.

Con todo, según admite el apelante, en su día le fue trasladada la correspondiente propuesta de resolución para formular alegaciones, sin que aprovechara esta oportunidad y sin que del contenido de aquellas actuaciones, es decir, de los informes del Jefe de Estado Mayor del Ejército y de su Asesoría Jurídica, pueda extraerse



elemento argumentativo alguno que difiera de los incorporados a la propuesta de resolución y, por tanto, a esta misma, cuyo desconocimiento hubiera podido suponer la indefensión del recurrente.

Es más, al interponer el recurso de reposición, donde se quejaba ya el actor de la falta de traslado de aquel informe, conocía pues su existencia y contenido, pudiendo haber indicado la razón concreta por la que su desconocimiento inicial le habría perjudicado en sus intereses, lo que, sin embargo, no hizo entonces ni tampoco en su demanda ni el recurso de apelación que ahora se resuelve, no pudiendo por ello observarse la producción por tal razón de la indefensión a que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 48.2), somete la declaración de nulidad de las actuaciones por el padecimiento irregularidades como la objetada.

**QUINTO.-** Sobre la legalidad material de la resolución administrativa recurrida

#### 1. Procesamiento del recurrente

La Sala tampoco encuentra razón para cuestionar la decisión alcanzada en la primera instancia sobre la legalidad sustantiva de la decisión cuestionada, que, de acuerdo con lo dicho, contaba con el presupuesto básico al que la Ley 39/2007 sujeta la declaración de la suspensión de funciones, es decir, el procesamiento del recurrente en un procedimiento penal, concretamente, en el seguido como Sumario 52/07/19, ante el Juzgado Togado Militar Territorial nº 52 de las Palmas de Gran Canaria, y ello en razón a la concurrencia de indicios racionales de la comisión por aquel de un delito contra la eficacia del servicio.

#### 2. Consideración de la gravedad de los hechos

Coincidiendo también con las conclusiones alcanzadas en la primera instancia, tampoco se observa que la resolución recurrida haya omitido la debida ponderación de las circunstancias a que la Ley se refiere para la adopción de la medida, como sucede ante todo con la trascendencia de los hechos, que aquella resolución, por remisión al informe de la Asesoría General, conectaba con la "...intrínseca gravedad..." de los imputados y del delito supuestamente cometido, así como su afectación a bienes jurídicos esenciales, entre ellos, la salud e integridad física del lesionado, y la disciplina que preside la organización en que se inserta el afectado, gravedad que, a pesar de lo que se indica por el apelante, no se valoró respecto del punto de vista penal, sino, como acaba de decirse, bajo su intrínseca importancia y la afección a bienes jurídicos, que, como el recurrente reconoce, no son los relacionados con el servicio es decir, con el bien jurídico protegido por el delito imputado (del artículo 77 del Código Penal Militar, Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre).

Más precisamente, se trataba de la grave imprudencia imputada al recurrente por haber autorizado a uno de los soldados del Pelotón que mandaba durante ciertos ejercicios realizados en septiembre de 2018, a que portase una luz verde en su frontal a pesar de conocer que el punto marcado con láser de ese color era designador de blancos, y la necesidad de portar luces rojas como elemento de seguridad, habiendo sido alcanzado dicho soldado por un disparo, hechos estos que, al margen ya de su posible valoración penal, asumen indiscutible relevancia y gravedad por su afección a la salud e integridad del conjunto de la organización militar en que se inserta el actor.

Particularmente y a pesar de lo que insiste en proclamar el recurrente, esta conclusión no viene contradicha por elemento alguno del Informe del Jefe del Regimiento en el que se encontraba destinado, como el cumplimiento ordinario e intachable de sus cometidos, incluso durante el período comprendido entre los hechos relatados y el inicio de la suspensión de funciones, en el que, según el informe, no se habrían repetido los hechos ocurridos en aquella otra ocasión, lo que nada dice sobre la gravedad de tales hechos, como sucede igualmente con la indicación en el informe del beneficio que la situación de activo del recurrente supondría para la Unidad, entre otras razones, al no estar completamente cubierta la plantilla.

La resolución recurrida en origen (el informe al que se remitía), contó también con la incidencia que los hechos imputados al recurrente habrían provocado sobre la disciplina que debió guiar su actuación, como base sobre la que se asienta la Institución Militar, y ello al no participar aquel a sus mandos la variación operada sobre los indicativos frontales que debía portar aquel miembro de su pelotón. Ello además sin contar con la incidencia que sobre las Fuerzas Armadas provocaba también aquella afección de los hechos a la vida e integridad de sus miembros.

Como puede verse, a la resolución administrativa recurrida no puede reprocharse la falta de consideración del repetido informe del Jefe del Regimiento de destino del actor, informe que, además, fue también tomado en consideración de manera directa al mantenerse el destino del actor, atendiendo para ello a aquellas de sus indicaciones relacionadas con su intachable conducta, ajenas, como se ha dicho, a los hechos que motivaron la declaración de la situación de suspensión de funciones.

#### 3. Alarma social



La resolución recurrida tomó también en consideración la alarma social producida en su momento al hacerse eco de los hechos diversos medios de comunicación, lo que reconoce el recurrente incidiendo sobre la escasa relevancia que le dieron al calificarlo como un "...accidente...", aunque lo cierto es que el propio auto de procesamiento, transcribió una de las noticias publicadas en cuanto referida al hecho de tratarse del "...segundo accidente del año en el campo de tiro de Pájara...", y a la muerte en ese año de otros dos militares durante otras maniobras.

No puede negarse, por tanto, que los hechos no hubieran tenido relevancia social, aspecto que tampoco pone en cuestión el informe del Jefe del Regimiento del recurrente, al designarlos también como "...accidente...", designación que, sin embargo, se conecta con la ausencia de una situación de "...alarma entre el personal del Regimiento..." y "...el personal bajo sus órdenes...", es decir, dentro de la organización militar, no en el ámbito general de la sociedad.

#### 4. Incidencia del tiempo transcurrido desde los hechos

A pesar de lo que dice el apelante, la relevancia de las circunstancias consideradas tampoco se desvanece por el largo tiempo transcurrido entre el acaecimiento de los hechos, el 6 de septiembre de 2018, y el dictado de la resolución administrativa, el 18 de abril de 2022, que, además de no resultar imputable a la Administración si se tiene en cuenta que la comunicación del procesamiento de aquel y de la firmeza de la resolución judicial que lo acordó, se produjeron después del 12 de noviembre de 2021, no impidió que la finalidad de la medida pudiera seguir obteniéndose.

#### 5. Sobre la duración de la suspensión

Finalmente, como expresa la resolución del recurso de reposición interpuesto, considerada la imposición legal de un máximo de duración de seis meses, la falta de expresión en la originariamente impugnada de la extensión del plazo de duración de la suspensión de funciones, de lo que se queja el apelante, solo pudo significar que esa era la duración establecida, tal y como entendió aquel al formular su recurso de reposición y corroboró su resolución, sin que la ausencia de un específico razonamiento sobre el particular pueda considerarse determinante de la pretendida nulidad de pleno derecho, que aquel reclama en un ámbito administrativo, distinto del sancionador como es el caso, en el que no encuentra aplicación el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24 CE), ni ha causado tampoco indefensión al recurrente ni la correspondiente anulabilidad que también se pretende ( ex artículo 48.2 Ley 39/2015), si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, especialmente reveladoras de la gravedad de los hechos acaecidos, que el actor ha podido discutir y tratar de desacreditar cuanto ha estimado oportuno y que justifican sin duda aquella decisión respecto de la duración de la medida.

#### SE XTO.- Conclusión de la Sala

En consecuencia, como puede verse ninguna de las razones en que se basa merece favorable acogida, por lo que el recurso debe ser desestimado, y ello, de acuerdo con lo establecido al respecto por la Ley Jurisdiccional (artículo 139.2), con la obligada condena del apelante al pago de las costas causadas en esta instancia.

#### FA LLAMOS

*PR IMERO.- Desestimar* el recurso de apelación interpuesto por D. Felipe , contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2020, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 9, dictada en el procedimiento abreviado número 135/2022.

*SE GUNDO.-* Condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta instancia.

Así se acuerda, pronuncia y firma.

**Recursos:** La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.