



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 26 de marzo de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª)

Rec. n.º 50/2013

SUMARIO:

Fuerzas Armadas. Baja en la Academia de Suboficiales de la Armada por positivo en sustancias psicotrópicas. Detección analítica. La finalidad de la Orden PRE/2622/2007 es regular supuestos de condiciones psicofísicas para el desempeño de la profesión militar, criterio que fija la pauta para decidir si el inciso final del n.º 10 del Anexo de la Orden puede interpretarse como enunciador de algo diferenciado de las condiciones psicofísicas. El inciso cuestionado debe ser interpretado en el sentido de que la detección de la droga debe considerarse en relación con la pérdida de la capacidad psicofísica, y no como elemento determinante por sí solo de la pérdida de la capacidad sin una comprobación solvente de ese efecto. El centro de gravedad lo constituye el concepto del abuso, en relación con el cual la conjunción disyuntiva «o» despliega su función en el contraste entre la evidencia del abuso y la detección analítica del mismo. El consumo de drogas sin más, no es la conducta a la que se refiere el supuesto que analizamos, sino que en él se incluye un elemento limitativo constituido por el abuso. Un uso no abusivo queda fuera del supuesto. Resulta contrario a toda lógica discernible e incluso a un obligado criterio antidiscriminatorio, que ese mismo uso, jurídicamente inocuo en cuanto causa de pérdida de las condiciones psicofísicas necesarias para el ingreso en el centro de formación como alumno, cuando es constatable por la apreciación directa del mismo por su evidencia, pueda operar en cambio como causa de pérdida de dichas condiciones, cuando es desvelado por una detección analítica. Un elemental criterio de lógica jurídica obliga a entender que el factor determinante, en cuanto integrante del supuesto afectado, debe ser el abuso, y no el medio de constatación del mismo externo a las condiciones psicofísicas del sujeto. Sobre tales bases fácticas no es posible afirmar que con la única detección analítica, en la que se ha sustentado la decisión aquí recurrida, haya quedado acreditado el supuesto legal de abuso del consumo de drogas, y menos que, a partir de tal no demostrado abuso, haya quedado acreditado el supuesto de pérdida de condiciones psicofísicas.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.2 y 14.

Código Civil, art. 3.



www.civil-mercantil.com

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 6.

Ley Orgánica 8/1988 (Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas), arts. 7 y 8.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 27.3 y 86.

Ley Orgánica 12/2007 (Ley Disciplinaria de la Guardia Civil), arts. 7, 8 y 9.

Ley 39/2007 (Carrera Militar), arts. 67, 71.2 a) y 76.

Orden 43/1993 (régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares), art. 36.2.b), 38 y 41.

Orden PRE/2622/2007 (cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación), disp. adic. primera y Anexo.10.

RD 35/2010 (Rgto. de ingreso y promoción de ordenación de la enseñanza de formación de las FFAA), disps. trans. sexta, derog. única y final quinta.

PONENTE:

Don Vicente Conde Martin de Hijas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 50/2013 que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, dictada en el recurso ordinario número 1116/2011.

Ha sido parte recurrida Don Fabio, representado por la Procuradora Doña M^a Luisa González García; resultando los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.



www.civil-mercantil.com

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla dictó sentencia el 26 de octubre de 2012 en el recurso número 1116/2011 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« Con parcial estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Fabio contra la referida resolución del Ministerio de Defensa, debemos anularla y la anulamos, declarando el derecho del actor a proseguir las pruebas a que era sometido, con cuantos derechos se deriven de esa situación, caso de superarlas. No ha lugar a pronunciamiento sobre las costas. Llévase esta resolución al libro de su razón y devuélvase el expediente a su lugar de origen con certificación de aquélla.».

Los tres primeros Fundamentos de Derecho de la Sentencia son del siguiente tenor literal:

« PRIMERO.- Se recurre resolución de la Subsecretaría de Defensa, determinante de la baja del actor en la Escuela de Suboficiales de la Armada como miembro de la 73 promoción, al estar incurso en el supuesto previsto en el artículo 36.2.b) de la Orden 43/1993, de 21 de abril, por el que se establece el régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares en Formación (pérdida de las condiciones psicofísicas).

SEGUNDO.

La baja encuentra su fundamentación en el hecho de que en 9 de septiembre de 2010 el Laboratorio de Toxicología del Servicio Farmacéutico realizó un control del que resultó que el actor había dado positivo en relación al consumo de psicotrópicos (cocaína), lo que, a juicio de la Administración le hace incurrir en un supuesto de "trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica", según la redacción del cuadro médico de exclusiones previsto en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, modificada por la Orden PRE/528/2009. En la resolución se aclara que el recurrente no alegó nada cuando le fue otorgado el trámite de audiencia. La demanda pretende la nulidad de la resolución e indemnización por daños morales. En 15 de noviembre de 2010 el actor solicitó la baja en el curso, de lo que se retracta dos días después.

TERCERO.

Esencialmente, la Administración fundamenta su decisión en el artículo 71.2.a) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre , de la carrera militar ("también se podrá acordar La baja de un alumno por insuficiencia de condiciones psicofísicas"), en relación con la normativa anteriormente citada. Es claro que el precepto legal impone la acreditación de la insuficiencia



www.civil-mercantil.com

de esas condiciones y esta declaración imperativa no puede ensombrecerse en su significación por la inclusión, sin más, del supuesto contemplado en la Orden de 2007, de su mera detección analítica en relación con el abuso de sustancias psicotrópicas. Es claro que al recurrente sólo se le practica un análisis y del mismo se infiere el consumo de cocaína; sin embargo, ni se realizan contra análisis, ni se acuerda un seguimiento de la posible adicción al consumo antes y después de la realización de la prueba, como tampoco se acredita que padezca una situación constatable de dependencia o que su comportamiento, hasta entonces correcto y acreditativo de una aceptable puntuación, haya sufrido alteraciones determinantes de una disminución de sus condiciones psicofísicas. El término "su detección analítica" no puede tomarse en su sentido estricto desconectado de todos los demás factores acreditativos de "trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas.". La decisión de la Administración resulta así precipitada, inmotivada, carente de la sólida fundamentación que requiere. Con independencia de la primera actitud expresada por el actor, de aquietarse a lo que la Administración acuerda, son los propios servicios de ésta quienes ponen de manifiesto la necesidad de confirmar ese estado de perturbación mental que con sólo una ingesta no puede en modo alguno producirse, salvo que se acredite que tuvo puntualmente un comportamiento inadecuado por su consecuencia, lo que en modo alguno ha acaecido.

CUARTO.

El actor pretende una indemnización por perjuicios y daños morales. No se fija el quantum pretendido ni se acredita los sufridos, razón por la que no puede acogerse este pedimento.»

Segundo.

Contra la citada sentencia anunció recurso de casación el Abogado del Estado, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 28 de noviembre de 2012, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

Tercero.

Recibidas las actuaciones, por el Abogado del Estado se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que «proceda a casar y anular la Sentencia impugnada por incurrir en las vulneraciones legales y jurisprudenciales anteriormente señaladas».

Cuarto.



www.civil-mercantil.com

Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 12 de abril de 2013, concediéndose por diligencia de ordenación de 16 de mayo de 2013 un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 1 de julio de 2013, y en el que se suplicaba a la Sala que «tenga por presentado este escrito y por formulada OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, contra la sentencia indicada de la sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía en Sevilla, la confirme y en su virtud no se acceda a la Casación y se confirme dicha sentencia ajustada a Derecho».

Quinto.

Conclusas las actuaciones, por providencia de 20 de enero de 2014 se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del 12 de marzo de 2014, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martin de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la Sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Fabio contra la resolución del Subsecretario del Ministerio de Defensa, por la que se acordó la baja del actor en la Escuela de Suboficiales de la Armada como miembro de la 73 promoción, al estar incurso en el supuesto previsto en el art. 36.2.b) de la Orden 43/1993, de 21 de Abril, por la que se establece el régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares (pérdida de las condiciones psicofísicas).

El recurso de casación se funda en un motivo único, cuyo enunciado, sin perjuicio de la ulterior exposición de su desarrollo argumental, es el siguiente:

«ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del art. 71.2.a) de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la Carrera Militar en relación con la Disposición Adicional Primera y Anexo letra c) apartado 10 de la Orden PRE/262/2007 de 7 de septiembre (BOE 220).»

Don Fabio se opone al recurso en los términos que después se indicarán.

Segundo.



www.civil-mercantil.com

El desarrollo argumental del motivo único del recurso es el siguiente. Tras el encabezamiento del motivo, que antes quedó transcrito, se afirma «la Sentencia recurrida entiende que la detección de sustancias psicotrópicas o drogas en un alumno de Academia Militar no es causa suficiente de baja», a lo que opone lo dispuesto en el art. 71.2.a) de la Ley 39/2007 de 7 de septiembre (BOE 220) por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares entre los que se comprende (apartado 10) «trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica». A lo que se añade la afirmación de que «De esta, forma, el tipo previsto en el art. 71.2.a) Ley Carrera Militar, integrado por la Orden de 2007 (STSJ Madrid de 13 de octubre de 2011) prevé como causa de exclusión la mera detección analítica del consumo de drogas. Es decir, no se requiere, como declara la sentencia, la influencia del consumo de estupefacientes sobre el rendimiento o actitud mental del alumno» .

En apoyo de su tesis se refiere a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de septiembre de 2012, de la que hace amplia transcripción. A ello añade lo siguiente:

«Entendemos que esta argumentación es perfectamente aplicable al supuesto de autos. Resulta que el Ministro de Defensa en uso de la autorización concedida en el apartado 3 del art. 71 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, ha establecido en la Orden PRE 262/2007 de 7 de septiembre, el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares. Entre estas exclusiones se contiene la mera detección analítica del consumo de drogas, lo que no constituye novedad alguna, puesto que es el mismo criterio seguido en las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre) y de la Guardia Civil (Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre), en que se configura el consumo de drogas como una infracción de riesgo, no siendo necesario según reiteradísima jurisprudencia de la Sala Quinta, que se haya dado lugar a una infracción de otras normas sin perjuicio de que en tal caso constituyan ilícitos disciplinarios distintos. El cuadro de exclusiones que citamos, es perfectamente coherente al respecto: es decir, que basta que o bien se evidencien los resultados del consumo de drogas, aunque el consumo de ellas no se haya puesto de manifiesto o bien que se constate analíticamente el consumo de drogas aunque no se hayan producido trastornos mentales o de comportamientos propio de un estado muy avanzado en la drogadicción.

Por todo ello entendemos que, la letra y el espíritu de las normas antes citadas han sido vulneradas por la Sentencia que impugnamos, cuya casación solicitamos.



www.civil-mercantil.com

Procede por tanto la desestimación del recurso y la declaración de que la resolución administrativa recurrida es ajustada a derecho.»

Tercero.

En su oposición al recurso de casación Don Fabio , demandante en el proceso, comienza alegando la inadmisibilidad del recurso, conforme al art. 86.1 º y 2º LJCA , sobre la base de que no es militar de carrera, ni ha adquirido ni perdido tal condición, lo que solo se produce por el nombramiento para el primer empleo militar, según lo dispuesto en el art. 76 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar , ni tiene una relación permanente, como cabo de Tropa y Marinería mediante un compromiso de Larga Duración. La condición de alumno de centro de formación, según el art. 67 de la Ley 39/2007 que transcribe, no supone una relación de servicios profesionales.

Ya en oposición al planteamiento sustantivo del Abogado del Estado dice que es erróneo, al afirmar que incurre en el supuesto del art. 71.2.a) de la Ley 39/2007 , pues, dice, «no quedó acreditada la aplicación del supuesto, ni consumo alguno de sustancias prohibidas» .

Sale al paso de la alusión por el Abogado del Estado, al enunciar los requisitos legales del recurso en su apartado cuarto, al perjuicio del Estado en cuanto se limita sin fundamento suficiente la potestad disciplinaria de la Administración Pública.

Observa en cuanto al enunciado del motivo que entiende se refiere a la Orden 26.222 [en el motivo se dice 262], y que «no debe pasarse por alto que dicha orden es anterior a la Ley 39/2007, y se dicta en desarrollo de la derogada Ley 17/1999» .

A continuación estructura su oposición a tres apartados en lo siguientes enunciados respectivos:

«1.- APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 71.2.a) LEY 39/2007, de 19 DE NOVIEMBRE, DE LA CARRERA MILITAR .

.../...

2.- SUPUESTO PERJUICIO AL ESTADO EN CUANTO SE LIMITA LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

.../...

3.- MOTIVOS DE LA CASACIÓN.»



www.civil-mercantil.com

En el primero de los apartados parte de la transcripción del 71.2.a), destacando de él las expresiones de "también se podrá" , del inciso primero del artículo y del apartado a) que no suponen «un mandato imperativo y por ende obliga a llevar una labor más precisa y concreta en cada caso» , en la que «habrá de acreditarse si al actor se le ha determinado una insuficiencia de condiciones psicofísicas» , remitiéndose al fundamento tercero de la sentencia, cuyos fundamentos dice comparte, afirmando que «no se ha llegado a acreditar suficientemente el consumo; y mucho menos una pérdida de condiciones psicofísicas» .

Tras aludir a que «el término "podrá", permite una interpretación más flexible y en consonancia con las circunstancias del caso concreto» , afirma que «en la actividad probatoria llevada a efecto por la Sala, ni se llegó a acreditar dicho consumo, ni se llevó a efecto ningún reconocimiento que determinara esa supuesta pérdida de aptitud psicofísica por Órgano Médico Pericial o Autoridad Facultativa competente para acordar una pérdida de aptitud psicofísica» .

Resalta la intachable actitud del actor, Cabo de la Armada, con más de 10 años de servicios, que «jamás había dado positivo alguno en las analíticas periódicas que se realizaban (varias al año)» ; que «su comportamiento era excelente, en el desarrollo de su actividad académica tenía las calificaciones superiores a la media del curso» , y todo ello «llevó al Tribunal a adoptar la decisión acorde con las valoraciones llevadas a cabo» .

Afirma que «la propia Administración en los documentos que obran en Autos reconoció de forma expresa las deficiencias y la excesiva precipitación en acordarse la baja del Alumno» , remitiéndose al respecto al informe del Asesor Jurídico General de la Defensa obrante en los folios 13 y 14 del expediente, del que reproduce el siguiente pasaje:

«...al efecto de motivar la propuesta de baja remitida, procede que, con carácter previo a la emisión del informe solicitado, se proceda a completar el expediente, incorporando al mismo, por un lado, la documentación acreditativa del resultado positivo obtenido en el control analítico..., el informe médico pericial emitido por el facultativo competente de la Sanidad Militar, al objeto de concretar cuales fueron las pruebas, o reconocimientos practicados al interesado que motivaron el diagnóstico concreto... y que constituye el motivo de su propuesta de baja por pérdida de condiciones psicofísicas»

Y dice después que

«en el procedimiento llevado a efecto. no se llegó a aportar, ni la documentación acreditativa del control del positivo, ni el informe médico pericial emitido por facultativo competente que motivara el diagnóstico concreto y a su vez la propuesta y resolución de baja por aplicación del



www.civil-mercantil.com

mencionado precepto. No sólo no llegó a acreditarse lo anterior; sino que, una vez que la Administración Militar acordó su baja por supuesta pérdida de condiciones psicofísicas. fue destinado a un buque de primera línea (Fragata Reina Sofia); y en los reconocimientos médicos y psicofísicos llevados a efecto por la Sanidad Militar para acceder nuevamente a la Escala de Suboficiales y a la permanencia, fue declarado APTO, lo cual puso de manifiesto en los documentos 5 y 6 que acompañó con la demanda.»

En el apartado segundo se argumenta en contra del alegado perjuicio de la potestad disciplinaria de la Administración, destacando que esa potestad disciplinaria «se despliega a través de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre del Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Armadas», y que no estamos en ese ámbito.

Por último en el apartado tercero empieza reiterando lo dicho en el inicio respecto del art. 86.2.a) LJCA de que nos encontrábamos ante el nacimiento o extinción de la relación de servicios de militar de carrera, al tratarse de un alumno del Centro de Formación y de la pérdida de la condición de alumno.

Y ya en relación al motivo del art. 88.1.d) LJCA se dice lo siguiente:

«Tal como señalamos, discrepamos del motivo en el cual la Abogacía del Estado fundamenta la casación. Las sentencia se refiere a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas: y no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicios de los funcionarios de carrera (excepción del art. 86.2. a) Ley 29/1 998). La tesis del Abogado del estado enmarcando en el escrito de interposición, apartado segundo del artículo 86 de la LJCA , debe reputarse errónea, habida cuenta que, tratándose de cuestiones de personal, no es relativa al nacimiento o la extinción de la relación de servicios de militares de carrera. Ni había adquirido el actor esa condición, ni con posterioridad, ni tampoco ostentaba ni ostenta la condición de militar de carrera. Era un alumno de un Centro de Formación, y la sentencia versaba sobre la pérdida de la condición de alumno de un Cabo de Marinería no permanente, ni militar de carrera, y por ende no implicó ni nacimiento ni extinción de relación alguna como militar de carrera y el motivo del artículo 86 de la LJCA decae.

Tampoco compartimos la fundamentación del recurso en el artículo 88.1 d) de la precitada Ley 29/1998 , habida cuenta que, no concurre ni se acredita infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.



www.civil-mercantil.com

- El Tribunal sentenciador, en el caso que nos ocupa entendió que la mera detección de sustancias en una analítica no era causa suficiente para la baja; pero lo entendió así tras valorar si se había realmente acreditado el consumo, lo cual no había tenido lugar.

- Y además, para el supuesto de que llegara a acreditarse ese consumo único a lo largo de los más de diez años de servicios, la supuesta pérdida de condiciones psicofísicas no se había determinado por autoridad u órgano pericial medico de la Sanidad Militar, sino que se llevó a cabo mediante una decisión voluntarista, arbitraria y carente de motivación, motivo por el cual se dictó la sentencia anulando la resolución.

- Pero además, tal como se llegó a probar dentro del procedimiento contencioso, aportándose los preceptivos documentos con la demanda, los cuales no fueron impugnados de contrario, el recurrente, una vez causó baja del Centro de Formación, fue embarcado. y se presentó nuevamente a las pruebas para acceso a Militar de Carrera y para la permanencia, resultando APTO en las condiciones de aptitud psicofísica, incompatible con alguien que supuestamente las había perdido.

- No se produce con la sentencia ninguna infracción de las normas del ordenamiento jurídico, toda vez que el propio legislador en el artículo 71.2 a), como ya se ha puesto de manifiesto por esta parte, utiliza el término también se podrá acordar la baja por los siguientes motivos: a) insuficiencia de condiciones psicofísicas. Pues bien, la Administración en esa aplicación, aplicó el precepto de forma indebida, precipitada, arbitraria y sin motivación, lo cual llevó al Tribunal sentenciador a anular la resolución en esa función revisora que le compete.

- Y precisamente, la infracción del ordenamiento la había cometido la Administración Militar y no así el Tribunal que dictó la sentencia, habida cuenta que de su labor llevada a efecto valorando todos y cada uno de los presupuestos del expediente administrativo, le llevó a la inequívoca conclusión de que en el presente caso no concurría el motivo para la baja.

- Y por el mismo motivo, acreditado que la sentencia no vulneró normas del Ordenamiento Jurídico, tampoco vulneró las de la jurisprudencia. No existe ninguna jurisprudencia que ante la detección de un positivo a cualquier sustancia prohibida conlleve sin más la baja de un Centro de Formación. Habrá de estarse al caso concreto y en primer lugar aplicar todas las garantías en que quede debidamente probado y acreditado el consumo, debiendo incluso para ello dar al interesado la posibilidad de que solicite la contrastación de la prueba con la muestra guardada al efecto. Podrá dentro de ese procedimiento, solicitar que se incorpore la analítica objeto del positivo, así como la cadena de custodia de las muestras analizadas: y sólo y

solamente una vez quede debidamente acreditado y averado el consumo, para entender que le es de aplicación el apartado del precitado artículo 7 1.2.

- Una sentencia dictada en uno o en varios supuestos particulares, no conllevan que tenga que dictarse otras idénticas, cuando los supuestos no son idénticos, ni siquiera de la misma Sala, sino que se alude a sentencias de un tribunal diferente y sobre supuestos diferentes, por lo que no se ha vulnerado jurisprudencia alguna.»

Quinto.

Entrando en el análisis del motivo único del recurso en su contraste con las alegaciones de oposición al mismo, la primera cuestión a decidir es la de la alegada inadmisibilidad del recurso, aducida por el recurrido. Tal inadmisibilidad no puede aceptarse, pues, aún dando por sentado que el demandante en el momento de la interposición del recurso no estaba ligado con la Administración militar por un vínculo profesional de carácter permanente, el nacimiento de la relación de servicios como funcionario de carrera sí estaba en juego, y por tanto la pérdida de la condición de alumno "afecta al nacimiento... de la relación de servicio de funcionario de carrera", operando así la salvedad legal de exclusión del art. 86.2.a) inciso final respecto a la exclusión de la casación de las cuestiones de personal (art. 86.2.a) inciso primero), y operando por tanto, dada la salvedad, la regla general del art. 86.1 LJCA .

Es constante nuestra jurisprudencia en la que se viene reconociendo la naturaleza de recursos contra sentencias dictadas en recurso relativos al ingreso en la función pública en todo similares al caso actual, sin que, por lo constante, sea precisa una cita individualizada.

Sexto.

En cuanto al fondo del asunto la cuestión se centra, en definitiva, en una cuestión de interpretación del sentido jurídico de la expresión «o su detección analítica» contenida en el nº 10 del Anexo de la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Al respecto deberá analizarse si dicha «detección analítica», basta por sí sola, y sin necesidad de ningún otro elemento adicional, tesis que es la sostenida por el Abogado del Estado en su recurso; o si dicha detección debe ser interpretada en el contexto superior de todo el apartado 10 de la Orden citada y de la Ley 39/2007, en cuanto acreditativo de insuficiencia de condiciones psicofísicas (art. 71.2.a), alternativa por la que entendemos que se ha decantado la sentencia recurrida.



www.civil-mercantil.com

En el umbral de ese análisis debemos precisar que no se suscitara la cuestión que aquí se suscita, si la norma que nos ocupa, en el marco de la legalidad superior en la que debe insertarse, regulase el consumo de drogas y la detección analítica de tal consumo como requisito impeditivo para el acceso a los centros militares de formación de alumnos, o, consecuentemente, como causa de pérdida de tal condición, en tanto que elemento diferenciado de las condiciones psicofísicas, aunque tal elemento impeditivo del acceso entrañase un mayor rigor que el que pudiera atribuirse a tal consumo una vez que la condición de militar profesional ha sido ya adquirida.

Pero no nos encontramos en tal situación normativa, sino en la de una norma con rango de Orden Ministerial, dictada como desarrollo reglamentario de una norma de rango de Ley, para la regulación de las aptitudes psicofísicas necesarias para el acceso a los centros de formación militar. Por tanto el marco legal superior es la clave ineludible para fijar el sentido jurídicamente aceptable de la normativa inferior de desarrollo.

A partir de tal planteamiento inicial debemos precisar que en el caso actual la normativa en cuya virtud se ha dictado la resolución recurrida en el proceso está constituida por la Ley 39/2007, en concreto su artículo 71, la Orden Ministerial 43/1993, de 21 de abril, sobre Régimen del Alumnado de los Centros Docentes Militares de formación, en concreto artículos 36.2, 38 y 41 y la Orden PRE/2622/2007, antes citada, en concreto la Disposición Adicional Primera de dicha Orden y el número 10 del Anexo del mismo, incluido en el apartado C. Neurología y Psiquiatría, subapartado Psiquiatría.

Dicho apartado 10 es del tenor literal siguiente:

«Trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicotrópicas o drogas, incluido el alcohol, así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica».

No está de más en el examen crítico del cuadro normativo en el que debemos situarnos detenernos en la observación hecha por el demandante recurrido, de que la Orden 2622/2007 se dictó como desarrollo de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, no de la Ley 39/2007, que derogó a aquella, observación con la que parece poner en duda la aplicabilidad de la Orden.

La Orden en cuestión tiene como título habilitante, según se lee en su parte preliminar, "las facultades conferidas en la Disposición final primera del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción de las Fuerzas Armadas", que fué derogado por el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se



www.civil-mercantil.com

aprueba el Reglamento de ingreso y promoción de ordenación de la enseñanza de formación de las Fuerzas Armadas (Disposición derogatoria única 1 y 3).

Es preciso destacar que este RD 35/2010, que entró en vigor (Disposición final quinta) el día 17 de enero de 2010, contiene en su Disposición Transitoria Sexta una expresa previsión según la cual «La Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, será de aplicación a todos los procesos de selección». Tal disposición solventa la duda que el recurrido suscita acerca de que la Orden 2622/2007, no es de desarrollo de la Ley 39/2007, sino de la Ley 17/1999, debiendo aceptarse por tanto sin vacilación que dicha Orden, por el intermedio del RD 35/2010, tiene perfecta cobertura en el art. 71.3 de la Ley 39/2007 .

Fijado el cuadro normativo en el que debemos movernos, para la interpretación del nº 10 de la Orden 2622/2007 hemos de atenernos a los criterios de interpretación establecidos en el art. 3 del Código Civil , según los cuales " el sentido propio de las palabras" es solo el primer criterio a atender; pero debe serlo en "relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas " (las normas). En el caso actual deben resultarse, como criterios de interpretación, el del contexto de la norma, constituido de forma inmediata por todo el nº 10 de la Orden, y mediatamente, pero de modo esencial, por el art. 71 de la Ley 39/2007 ; el de la realidad social del momento, y el del espíritu y finalidad de la norma a interpretar, que el art. 3 CC exalta como criterio fundamental.

Sobre el particular debe advertirse que la finalidad de la norma que nos ocupa es la de regular supuestos de condiciones psicofísicas para el desempeño de la profesión militar, criterio que fija la pauta para decidir si el inciso final del nº 10 de la Orden puede interpretarse como enunciador de algo diferenciado de las condiciones psicofísicas, lo que no dudamos en rechazar.

A partir de ahí, y por exigencias del contexto en que se inserta el inciso cuestionado, éste debe ser interpretado en el sentido de que la detección de la droga debe considerarse en relación con la pérdida de la capacidad psicofísica, y no como elemento determinante por sí solo de la pérdida de la capacidad sin una comprobación solvente de ese efecto.

Solo interpretada así, la previsión normativa discutida puede considerarse ajustada al art. 71.2 y 3 de la Ley 39/2007 , que habilita al Ministro para determinar un cuadro de condiciones psicofísicas, habilitación legal que no cubriría la posibilidad de regular una condición de acceso



www.civil-mercantil.com

a la condición de alumno o de pérdida de ella (ex Disposición adicional primera de la Orden), no referida a una condición de capacidad psicofísica, sino ligada a una determinada conducta sin reflejo en dichas condiciones psicofísicas.

Si tal fuera lo que supone el inciso cuestionado, la Orden Ministerial, al establecer un requisito no establecido en la Ley, resultaría contraria a ésta, lo que nos situaría en el supuesto del art. 6 LOPJ (inaplicación) y además, según lo dispuesto en el art. 27.3 de la LICA nos obligaría a declarar la ilegalidad del precepto. Pero no cabe llegar a un resultado tan extremo, cuando el precepto es susceptible de una interpretación adecuada a derecho, que es la que consideramos que ha llevado a cabo la sentencia recurrida. Y es aquí, en el marco de tal interpretación posible, donde entra en juego el elemento contextual que antes se destacó.

Resulta claro que en el número 10 de la Orden, de tan reiterada cita, antes transcrito, el centro de gravedad de la norma debe situarse en la referencia a "Trastornos mentales y del comportamiento" , siendo las previsiones posteriores descripción de manifestaciones determinadas de estos trastornos. Es conceptualmente significativa al respecto la expresión "debidos al" .

No se nos oculta que la siguiente expresión "así como" en pura literalidad puede ser enunciado de un supuesto legal distinto, añadido al anterior, y no condicionado por él. Pero si se interpretase así, nos encontraríamos ante el enunciado de un supuesto desconectado de las condiciones psicofísicas, con lo que desembocaríamos en la dificultad de justificar su validez jurídica en los términos que acabamos de indicar.

Por ello debemos de optar por una interpretación que salve tal dificultad, a la que se llega si el supuesto problemático ("así como....") no se aísla de su contexto inmediato («...debidos al consumo de sustancias psicotrópicas, o drogas, incluido el alcohol...»), y se considera como una especificación de ese supuesto.

Por otra parte no resulta ni gramaticalmente correcto que la expresión "su detección analítica" , separada de la que precede ("así como la evidencia de abuso de las mismas") por la conjunción disyuntiva o , no se considere formando parte de una misma oración, cuyo enunciado global es el de "así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica" , sino que se pretenda hacer de la "detección analítica " un supuesto distinto del de la "evidencia de abuso de las mismas" . Si, en efecto, la norma hubiese pretendido hacer de la "detección analítica" un supuesto aislado del supuesto anterior, lo adecuado gramaticalmente no hubiera sido la separación de los dos supuesto por la conjunción disyuntiva o , sino haber utilizado otro modo de expresión gramatical.



www.civil-mercantil.com

Hemos, pues, de partir de que nos hallamos ante un supuesto legal único («...así como la evidencia de abuso de las mismas o su detección analítica») con toda la dificultad que tal supuesto en su conjunto suscita, en los términos que ya indicamos, lo que obliga a superarla por la vía interpretativa que estamos exponiendo.

Llegados a este punto, en el supuesto global que acabamos de enunciar, el centro de gravedad es indudable que lo constituye el concepto del "abuso de las mismas " (las drogas), en relación con el cual la conjunción disyuntiva o despliega su función en el contraste entre la evidencia del abuso y la detección analítica del mismo.

A partir de aquí hemos de resaltar que el consumo de drogas sin más, no es la conducta a la que se refiere el supuesto que analizamos, sino que en él se incluye un elemento limitativo constituido por el "abuso".

Obviamente un hipotético uso no abusivo queda fuera del supuesto. Y siendo ello así, resulta contrario a toda lógica discernible e incluso a un obligado criterio antidiscriminatorio (ex art. 14 y 9.2 CE), que ese mismo uso, jurídicamente inocuo en cuanto causa de pérdida de las condiciones psicofísicas necesarias para el ingreso en el centro de formación como alumno, cuando es constatable por la apreciación directa del mismo por su evidencia, pueda operar en cambio como causa de pérdida de dichas condiciones, cuando es desvelado por una "detección analítica" . Un elemental criterio de lógica jurídica obliga a entender que el factor determinante a considerar, en cuanto integrante del supuesto afectado, debe ser el uso o, en su caso, el abuso, y no el medio de constatación del mismo externo a las condiciones psicofísicas del sujeto.

Entendemos que es esta la única interpretación jurídicamente aceptable del inciso cuestionado, y que en todo caso, por exigencias del contexto y de los límites de la habilitación reglamentaria más detrás referenciados, todo el supuesto global en el que el inciso se inserta en cuanto supuesto añadido ("así como...") al que le precede debe, a su vez, estar condicionado por el que, al iniciar la exégesis total de la norma, calificábamos de centro de gravedad de la misma, como ya dejamos dicho antes.

Fijada esa interpretación, y partiendo de la alegación del recurrido, referida en el Fundamento de Derecho anterior, en la que aludía, y así la transcribimos, al informe del Asesor Jurídico General de la Defensa, obrante a los folio 13 y 14 del expediente, debemos avanzar por nuestra parte un paso más, para traer a colación en la misma línea de análisis de datos del expediente no cuestionados (para lo que habilita el art. 88.3 LJCA), el informe del Servicio



www.civil-mercantil.com

Farmacéutico de San Fernando, obrante a los folios 25 y 26 del Expediente en el que en el apartado de "Conclusiones" se dice lo siguiente:

«A la vista de lo relatado, y según la normativa en vigor, literatura bibliográficas consultadas, tras el primer positivo a cocaína obtenido en análisis de cribación inicial realizado en el Laboratorio de Análisis de Drogas del Servicio Farmacéutico de San Fernando y posterior detección de presencia de benzoilecgonina en el Laboratorio de Referencia de las Fuerzas Armadas para análisis de drogas, y toda vez que a fecha actual no se ha realizado contraanálisis, se puede afirmar que en el caso particular de la muestra nº NUM000 , tomada el día 24 de agosto de 2010 al Sargento Alumno D. Fabio (NUM001), se evidencia un consumo de cocaína y que existiría por tanto validez legal en el resultado final de POSITIVO A COCAINA.

Sin embargo, no es posible determinar con total seguridad, sólo con un análisis realizado, ni la dosis consumida, ni la frecuencia de consumo (habitual u ocasional), ni el tiempo pasado desde el consumo hasta la fecha de análisis.»

Sobre tales bases fácticas no es posible afirmar que con la única detección analítica, en la que se ha sustentado la decisión aquí recurrida, haya quedado acreditado el supuesto legal de abuso del consumo de drogas, y menos que, a partir de tal no demostrado abuso, haya quedado acreditado el supuesto de pérdida de condiciones psicofísicas.

A tales datos hemos de añadir, para reforzar la conclusión negativa anterior, también como elementos del expediente, el dato de que, reclamados por el demandante los análisis precedentes y posteriores al que ha que ha dado lugar a la decisión impugnada, acreditativos de que no consumía drogas, tales análisis, pese a su reclamación y a su incuestionable importancia para el caso, no constan unidos al expediente, ni han sido negados en el proceso, lo que refuerza la falta de acreditación del supuesto normativo de pérdida de condiciones psicofísicas, así como el dato, no despreciable, de que el expediente se inició con carácter disciplinario, y se recondujo madrugadoramente al de pérdida de condiciones psicofísicas, sin duda ante la evidencia de que por aquella vía inicial carecía de viabilidad.

En otro orden de consideraciones la afirmación en el motivo de casación de que «la mera detección analítica del consumo de drogas... no constituye novedad alguna, puesto que es el mismo criterio seguido en las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1988, de 2 de diciembre) y de la Guardia Civil (Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre), en que se configura el consumo de drogas como infracción de riesgo, no siendo necesario según reiteradísima jurisprudencia de la Sala Quinta, que se haya dado lugar a una infracción de otras normas sin perjuicio de que en tal caso constituyan ilícitos disciplinarios distintos» , no resulta



www.civil-mercantil.com

especialmente feliz, pues del examen de dichas normas no se extrae la consecuencia que el Abogado del Estado pretende al aludir a ellas.

En cuanto a la Ley Orgánica 8/1998, debe significarse que en ella el simple consumo de drogas no está tipificado como infracción en el elenco de las que se describen en artículos 7 (faltas leves) y 8 (faltas graves). La única previsión referente a drogas es la contenida en el número 9 del artículo 8 («la introducción, tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en acuartelamientos, bases, buques, aeronaves, establecimientos o cualesquiera lugares militares, y, asimismo, el consumo de las citadas sustancias fuera de dichos lugares, aeronaves y lugares militares, cuando se realicen vistiendo uniforme o públicamente, cuando afecte a la imagen de la Institución Militar, siempre que estas conductas no constituyan infracción más grave o delito»), tipo de infracción que incluye unas circunstancias limitativas, que llevan a la conclusión contraria a la que sorprendentemente propone el Abogado del Estado. Según el tipo de infracción referida, el simple consumo, sin más, de droga no resulta incluíble en el mismo si no se dan además en él las circunstancias concretas descritas en el tipo.

Y en cuando a la Ley Orgánica 12/2007 al margen de que no sea aplicable al caso, tampoco en la descripción de faltas en sus artículos 7, 8 y 9, podría encontrarse la mínima base de apoyo de la tesis del Abogado del Estado.

Por lo demás, tampoco la descomprometida referencia a la "reiteradísima jurisprudencia de la Sala Quinta", sin concreción individualizada a ninguna sentencia, resulta atendible, y más bien se vuelve en contra de la tesis del Abogado del Estado. Basta al respecto referirnos a la Sentencia de 16 de Junio de 2008, dictada en el recurso 106/2007, F.D. Segundo, para evidenciar que el mero consumo de droga, sin la concurrencia de los elementos previstos en el art. 8.22 de la Ley no es constitutivo de infracción.

Dicha Sentencia, referida a un alumno de la Guardia Civil, es exponente de una línea jurídica contraria a la que el Abogado del Estado pretende.

Ha de concluirse por todo lo razonado que la argumentación del motivo único del recurso de casación no desvirtúa la correcta fundamentación de la Sentencia recurrida, debiendo desestimarse el recurso.

Séptimo.



www.civil-mercantil.com

Es preceptiva la imposición de costas al recurrente conforme a lo dispuesto en el art. 139.2 LJCA , si bien ejercitando la facultad establecida en el apartado 3 del propio artículo, se fija como límite máximo por todas las costas el de 3.000 euros.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación número 50/2013, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla , dictada en el recurso ordinario número 1116/2011, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de esta sentencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.