

En la Villa de Madrid, a uno de febrero de dos mil doce.

En el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 204-87/2010, interpuesto por D. José Luis, representado por el procurador D. Domingo José Collado Molinero y asistido por la letrada D^a María Dolores Flores González Sierra, contra las resoluciones de la Ministra de Defensa de 23 de septiembre de 2009, mediante la que le impuso la sanción de separación del servicio como autor de la falta muy grave consistente en “Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad”, y de 26 de marzo de 2010, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, habiendo sido parte recurrida el Abogado del Estado, los Excmos. Sres. magistrados se han reunido para deliberación y votación bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. José Luis Calvo Cabello.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de julio de 2008, el General Jefe de la Fuerza Terrestre ordenó la incoación del expediente disciplinario número FT-236/08 a fin de investigar si el cabo MPTM del Ejército de Tierra D. José Luis había cometido la falta muy grave consistente en “Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad” (artículo 17.3 de la L.O. 8/1998, de 2 de diciembre).

SEGUNDO.- Por resolución de la Ministra de Defensa de 23 de septiembre de 2009, le fue impuesta al cabo expedientado la sanción de separación del servicio como autor de la mencionada falta.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 23 de septiembre de 2009, D. José Luis interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución, que fue desestimado por resolución de la Ministra de Defensa de 26 de marzo de 2010.

CUARTO.- La declaración de hechos probados de la resolución sancionadora, contenida en el informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, es la que sigue: “El Cabo MPTM del Ejército de Tierra D. José Luis, destinado en el momento de los hechos en el Regimiento de Transmisiones núm. 21 (Marines, Valencia), ha dado positivo al consumo de drogas en las pruebas analíticas que, mediante recogida de muestra de orina, le fueron practicadas en fechas 16 de julio y 3 de septiembre de 2007 y 1 de abril de 2008. Concretamente, dio resultado positivo al consumo de cannabis en las tres pruebas y al de cocaína, además, en la primera y en la tercera.

Los resultados positivos de las referidas pruebas fueron formalmente notificados al encartado, según resulta acreditado a los folios 6 a 8 de las actuaciones. Del último resultado solicitó el encartado la realización de un contraanálisis, llevándose a cabo la referida prueba contraanalítica en el Centro Militar de Farmacia de Madrid en fecha 18 de julio de 2008 y confirmando el resultado positivo al consumo de cannabis y cocaína (folios 28 a 32) que arrojó la referida prueba analítica.

En el preceptivo trámite de audiencia (folios 39 y 40), el encartado manifiesta que el primer positivo sí es suyo pero no los otros dos, y que respecto del segundo le dijeron que estaba fuera de plazo para solicitar un contraanálisis. A preguntas de Instructor, señala que no es consumidor habitual de drogas.”

QUINTO.- Mediante escrito presentado el 16 de julio de 2010 en el Registro General del Tribunal Supremo, el procurador D. Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación de D. José Luis, interpuso ante esta Sala recurso contencioso-disciplinario militar contra la mencionada resolución de la Ministra de Defensa.

SEXTO.- En el plazo concedido, el procurador D. Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación del militar sancionado, presentó la demanda correspondiente, en la que solicitó la nulidad de las resoluciones de la Ministra de Defensa de 23 de septiembre de 2009 y 26 de marzo de 2010 por no ser conformes a derecho, y el reintegro de su representado en la situación de servicio activo, con todos los efectos económicos, asistenciales y pasivos correspondientes.

SÉPTIMO.- Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2010 en el Registro General del Tribunal Supremo, el Abogado del Estado se opuso a la demanda argumentando que el transcurso del tiempo de tramitación de un expediente no causa la caducidad de este; que no existe prueba de que la Administración le denegara la práctica de ningún contraanálisis; que los hechos probados -tres episodios de consumo de droga- configuran la falta muy grave por la que el demandante fue sancionado; y que la sanción de separación del servicio se acomoda a la gravedad de la infracción.

OCTAVO.- Mediante providencia de 22 de diciembre 2011, la Sala señaló el siguiente 18 de enero, a las 10.30 horas, para la vista, deliberación, votación y fallo.

NOVENO.- Por providencia de 13 de enero de 2012, se acordó que, hallándose de baja por razón de enfermedad el magistrado D. Javier Juliani Hernán, formara parte de la Sala el magistrado D. Fernando Pignatelli Meca.

HECHOS PROBADOS

La Sala no acepta la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora, transcrita en el cuarto antecedente de hecho de esta sentencia, y declara probados los hechos que siguen:

- 1.- Al cabo D. José Luis le fueron practicados los tres análisis de orina siguientes: 16 de julio y 3 de septiembre de 2007 y 1 de abril de 2008.
- 2.- Los tres análisis dieron resultado positivo a cannabis, y el primero y el tercero también a cocaína.

3.- D. José Luis no solicitó contraanálisis del segundo y sí del tercero, que dio positivo a cannabis y cocaína.

4.- El primer análisis, efectuado el 16 de julio de 2007, fue notificado a D. José Luis el 9 de febrero de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sostiene el demandante -es su alegación primera- que la Administración lo sancionó cuando el expediente gubernativo que se le seguía había caducado por transcurso del tiempo establecido por el legislador para su tramitación: "El plazo máximo de instrucción del expediente (gubernativo) será de seis meses."

Sobre tal cuestión, tiene establecido esta Sala reiteradamente, en relación con la derogada Ley 11/91, reguladora del Régimen disciplinario de la Guardia Civil, y con la vigente Ley 8/98, reguladora del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas -que es la ley aplicable al caso por cuanto el expedientado era cabo MTPM del Ejército de Tierra- que el transcurso de ese plazo de seis meses no produce la caducidad del expediente, sino la reanudación del plazo de prescripción de la infracción, como disponía el artículo 68 de la primera Ley mencionada y dispone el artículo 25.2 de la segunda, sin que sean de aplicación los artículos 44.2 y 92 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En aplicación, pues, de tal doctrina, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- La segunda alegación se refiere al resultado del análisis efectuado el 16 de julio de 2007, que es el primero de los tres enunciados en la resolución sancionadora ("16 de julio y 3 de septiembre de 2007 y 1 de abril de 2008")

Afirma el demandante que ese resultado no es válido, pues cuando el 9 de febrero de 2008 le fue notificado ya "no se conservaba la muestra (de orina) que permitiera hacer el contra-análisis". Y ello -concluye- supuso que "se viera sumido en una auténtica indefensión siendo asimismo lesionado su derecho de defensa reconocido expresamente por el artículo 24.2 de la Constitución Española".

Esta argumentación fue refutada por la Administración en el expediente y ahora, al contestar la demanda, razonando en el sentido siguiente: Pese a ser cierto que "el resultado de la analítica de orina realizada en fecha 16 de julio de 2007 se notificó al encartado, según consta al folio 6, en fecha 9 de febrero de 2008 (...) debió el encartado, si no se hallaba conforme con el resultado de la repetida prueba analítica, haber solicitado formalmente la realización del contraanálisis y dejar constancia de tal solicitud a pesar de la supuesta reacción del mando notificador a que alude, de forma

que al no haberlo hecho así dejó que aquella deviniera firme y definitiva y, por tanto, válida para servir de prueba de cargo del consumo detectado en dicha prueba”.

TERCERO.- Para pronunciarse adecuadamente sobre tal alegación, es preciso establecer:

a) La fecha en que el resultado del análisis fue notificado al demandante.

Examinadas las actuaciones, la Sala entiende que lo fue el 9 de febrero de 2008, porque así lo admite la Administración (en la resolución del recurso de reposición contra la resolución sancionadora, dice: “Es cierto que la notificación del resultado de la analítica de orina realizada en fecha 16 de julio de 2007 se notificó al encartado, según consta al folio 6, en fecha 9 de febrero de 2008 (...)”) y porque esa fecha parece ser la fecha del “enterado” obrante al pie de la notificación del resultado (las grafías de los números permiten otras lecturas).

b) Los efectos del paso del tiempo sobre la muestra de orina.

Ninguna duda existe respecto a este particular, ya que la disposición undécima de la Instrucción técnica núm. 01/2005, de 18 de febrero, de la Inspección General de Sanidad establece lo siguiente: “La conservación de las muestras cuyos resultados sean positivos, será como máximo de seis meses desde que se emita el informe por el laboratorio (excepto orden judicial o expediente disciplinario en curso)”.

c) La aplicación al caso de la disposición transcrita arriba. (Relación entre la fecha de la notificación y el tiempo de conservación de la muestra).

Examinadas las actuaciones debe concluirse que el resultado del análisis fue notificado al demandante cuando la muestra de su orina ya no se conservaba porque:

- Desde el 16 de julio de 2007, fecha de la realización del análisis, hasta el 9 de febrero de 2008, fecha de notificación de su resultado, transcurrieron más de seis meses. (Dado que no figura la fecha de emisión del informe, la Sala entiende que fue emitido el mismo día del análisis).

- No existía orden judicial que prolongara la conservación de la muestra.

- El expediente disciplinario ni siquiera había sido incoado (los seis meses se cumplieron el 16 de enero de 2008 y la orden de proceder fue emitida el 1 de julio de 2008).

CUARTO.- Fijados los elementos anteriores, la Sala estima la alegación del demandante por el significado y los efectos de ellos y también porque, con base en lo que se dice seguidamente, la argumentación de la Administración no puede ser aceptada.

Pese a reconocer que la notificación se efectuó “transcurridos ya los seis meses durante los cuales permanece congelada una parte de la muestra de orina que sirvió para la práctica de la citada analítica”, la Administración, al desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionadora, razonó -como se ha expuesto arriba- así: “no obstante, es también cierto que debió el encartado, si no se hallaba conforme con el sentido de la repetida prueba analítica, haber solicitado formalmente la realización del contraanálisis y dejar constancia de tal solicitud a pesar de la supuesta reacción del mando notificador a que alude, de forma que al no haberlo hecho así dejó que aquella deviniera firme y definitiva y, por tanto, válida para servir de prueba de cargo del consumo detectado en dicha prueba”.

La Sala no asume este razonamiento, porque a una decisión tan ajustada a la lógica de las cosas como es no formular una petición cuando de antemano se sabe que es irrealizable y que, en consecuencia, su concesión sería meramente formal y quedaría frustrada, no procede anudar efectos perjudiciales para el no solicitante. En el caso que se examina, carece de fundamento la postura de la Administración, pues, habiendo sido la única responsable del retraso en la notificación del resultado del análisis y sabiendo que, por disposición normativa, la muestra de orina ya no estaba conservada, pretende desviar la responsabilidad al cabo D. José Luis por no haber solicitado el contraanálisis. De aquí que se rechace la consecuencia pretendida por la Administración, pues el resultado del análisis no puede considerarse definitivo -ni, por tanto, válido como prueba de un episodio de consumo de drogas- al haber sido materialmente imposible la práctica del contraanálisis, que es precisamente el método establecido por la norma para verificar su fiabilidad. (Lo que pretende la Administración -y la Sala no acepta- es que el único resultado existente se valore como resultado definitivo y como válida prueba de un episodio de consumo de drogas, pese a que era imposible materialmente practicar el contraanálisis).

En definitiva, lo razonado conduce a la exclusión del primer episodio de consumo y, en consecuencia, a la nulidad de la resolución sancionadora por cuanto para declarar la existencia de la falta del artículo 17.3 L.O. 8/1998 es necesaria la verificación de al menos tres episodios de consumo de drogas: “Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad. Se entenderá que existe habitualidad cuando se tuviere constancia de tres o más episodios de ... consumo de las sustancias referidas en un periodo no superior a dos años”.

QUINTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1987 de 15 de julio.

En consecuencia,

FALLAMOS

1.- Se estima el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 204-87/2010, interpuesto por el cabo MTPM del Ejército de Tierra D. José Luis, representado por el procurador D. Domingo José Collado Molinero, contra las resoluciones de la Ministra de

Defensa de 23 de septiembre de 2009, mediante la que le impuso la sanción de separación del servicio como autor de la falta muy grave consistente en “Consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad”, y de 26 de marzo de 2010, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

2.- Se declara la nulidad de ambas resoluciones, con los correspondientes efectos administrativos y económicos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ángel Calderón Cerezo.- José Luis Calvo Cabello.- Francisco Menchén Herreros.- Fernando Pignatelli Meca.- Clara Martínez de Careaga y García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Calvo Cabello, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.