



Roj: **STS 2903/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2903**

Id Cendoj: **28079130042019100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/09/2019**

Nº de Recurso: **1332/2016**

Nº de Resolución: **1196/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.196/2019**

Fecha de sentencia: 18/09/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1332/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1332/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1196/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. José Luis Requero Ibáñez



En Madrid, a 18 de septiembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1332/2016, interpuesto por don Carlos José , representado por el **Procurador don Omar Carlos Castro Muñoz** y defendida por el abogado **don César Manuel Pinto Cañón** contra la sentencia número 98/2016, de 1 de marzo de 2016, de la Sección Octava de la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .

Es parte recurrida **la Administración General del Estado**, representada y defendida por **el Abogado del Estado**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa de 21 de noviembre de 2013 se acordó la baja del hoy recurrente, don Carlos José , en el centro docente de formación para el acceso a la condición de militar de carrera del cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire, Escala de Oficiales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.2 a) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar , por pérdida de condiciones psicofísicas. Dicha resolución fue confirmada en reposición en el mes de marzo de 2014, con fecha ilegible, por resolución que obra en los folios 135 a 137 del expediente.

**SEGUNDO.-** El interesado interpuso recurso contencioso administrativo contra dichas resoluciones, que se sustanció ante la Sección Octava de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el suplico de su demanda pidió que se declarasen no conformes a derecho y que se anulasen las resoluciones de la Subsecretaria de Defensa por las que se acuerda dar de baja al recurrente como alumno del centro docente militar de formación para el acceso a la condición de militar de carrera del Cuerpo de Ingenieros del Aire, Escala de Oficiales, por pérdida de aptitudes psicofísicas; que, en consecuencia, se le declare apto como alumno del referido centro docente militar de formación y, dado que cuando fue dado de baja ya había superado todo su plan de estudios de la enseñanza militar de formación, que esa declaración de aptitud tuviera los efectos de la atribución del primer empleo militar por ese concepto y la adquisición de la condición de militar de Carrera y la determinación del orden en el escalafón correspondiente.

Finalmente solicitó que se le reconociera el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios, en las retribuciones dejadas de percibir como consecuencia de la declaración de no apto.

El recurso fue desestimado íntegramente por sentencia de dicho órgano jurisdiccional de 1 de marzo de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo -procedimiento ordinario número 837/2014- interpuesto, por don Carlos José , representado por el procurador don Omar Carlos Castro Muñoz, asistido del Letrado don César Pinto Cañón, siendo parte demandada el Ministerio de Defensa representado y asistido por el Abogado del Estado, contra la resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa, de marzo de 2014 ( sic ), por la que se desestima el recurso formulado frente a la resolución de 20/11/2013 en la que se acuerda la baja del recurrente en el centro docente de formación para el acceso a la condición de Militar de Carrera del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire, Escala de Oficiales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.2 a) de la Ley 39/2007 .

Declaramos la conformidad a derecho de la resolución recurrida y la confirmamos, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, debiendo estar y pasar por la presente resolución.

Procede la imposición de costas a la parte recurrente, al haberse desestimado la pretensión, en vigor la Ley 37/2011".

**TERCERO.-** La sentencia examina en primer lugar las alegaciones sobre la incorrecta composición de la Junta Médico pericial psiquiátrica, con vulneración de la Orden PRE/2373/2003.

Razona la Sala a este respecto que "examinada la antedicha Orden, que ha sido modificada por la Orden PRE/437/2011 aunque no afecta al presente supuesto, debemos anticipar desde este momento que" [las objeciones] "no pueden compartirse. En efecto, la JMP Psiquiátrica, tal y como consta la composición de la misma en el acta de fecha 10/9/2013, está constituida por cuatro especialistas en psiquiatría, concurriendo la categoría del Presidente de la JMP, a tenor de lo que dispone el artículo cinco de la precitada Orden, por lo que las alegaciones no pueden tener favorable acogida".

A continuación desestima las pretensiones formuladas razonando, en lo esencial, en la siguiente forma:



"La cuestión objeto de controversia que constituye el *thema decidendi* del recurso, consiste en dilucidar si, tal y como se postula por la parte recurrente, concurre vulneración por aplicación indebida del artículo 71.2 a) de la Ley 39/2007, que consisten básicamente en discrepar en relación a los datos que se reflejan en la JPM Psiquiátricas y los dictámenes médicos, por entender que el recurrente no ha perdido la aptitud psicofísica y, por ende, concurre arbitrariedad en la resolución acordada, siendo apto y así lo ha demostrado durante nueve meses, superando la asignatura de instrucción y adiestramiento, para lo que debe analizarse la prueba practicada [...].

En el supuesto enjuiciado, de la valoración conjunta de los informes obrantes en las actuaciones se desprende que el recurrente presenta disfunciones en la personalidad, que inciden o pueden incidir de manera determinante en "actuaciones" y conllevan una inadaptación conductual que resulta incompatible con las obligaciones que conlleva la carrera militar, en la forma en que se reflejan en el acta suscrita por cuatro médicos expertos en psiquiatría.

En este sentido deben ponderarse con especial intensidad, las exigencias propias de la vida militar, las características de la personalidad del recurrente, en relación con funciones a desempeñar en la carrera militar, ya que puede verse inmerso debido a su profesión, en un elenco de situaciones que requieren, no sólo de disciplina, sino también de una capacidad de afrontar situaciones complejas en las que pueden aflorar los factores de psicovulnerabilidad que ha evidenciado el acta de la JMP psiquiátrica. Dicha Junta Psiquiátrica, analiza y modula en sus conclusiones estos factores conductuales que completan los ya expresados en el Dictamen Médico Pericial evaluador, en el que se puso de manifiesto que el recurrente padece trastornos de la personalidad, haciendo especial hincapié en conductas reaccionales ante la ansiedad, que resultan incompatibles con la profesión militar, que se complementa en el informe de la unidad de reconocimiento de 27/5/2013.

Será de añadir a lo anterior que incluso en el informe aportado a instancia de parte, emitido por la doctora Ruth, se acreditan una serie de disfunciones de personalidad que se han reflejado en actuaciones que se dice, "fueron constitutivas de sanciones leves, en número elevado", que evidencian "per se", disfunciones adaptativas en la conducta propia de la carrera militar, en la forma en que se ha expuesto, reflejadas en el expediente, motivo por el cual con motivo del cambio a ESTAER de Torrejón de Arroz conllevó examen por psicólogo. Se constata igualmente en dicho informe antecedentes personales psiquiátricos y una personalidad narcisista y compulsiva.

A la hora de valorar la prueba, esta Sala y Sección, realizando un juicio de verosimilitud, se inclina por tener en consideración como preponderante, las conclusiones que se han expresado en el acta la JMP Psiquiátrica, emitida por unanimidad, por cuatro expertos en la especialidad de psiquiatría, en las conclusiones transcritas en anterior fundamento jurídico. Todo ello conforme dispone el artículo 348 de la LEC, según las reglas de la sana crítica, debido a esa profesionalidad e imparcialidad y alta cualificación técnica, valorando el conjunto de los Informes conforme ya hemos expuesto, (348 LEC), sin que se haya desvirtuado por la parte recurrente a quien incumbe por ser constitutiva de su pretensión de acuerdo con lo que establece el artículo 217 de la LEC, dicha presunción "iuris tantum" de razonabilidad, en el presente supuesto [...].

De lo anterior se colige que en el supuesto enjuiciado, no se ha enervado la presunción "iuris tantum" de certeza y razonabilidad del acta referenciada y los informes obrantes en las actuaciones, mediante el informe aportado a instancia de parte. Debemos concluir por tanto una vez valorada la prueba practicada, que no ha quedado enervada la presunción iuris tantum de certeza de la JMP Psiquiátrica, a lo que habrá de añadirse los informes de los mandos. Todo ello con independencia de los informes de sus mandos, por lo que entendemos que debe incardinarse en la Orden PRE/2622/2007, modificada por Orden PRE/5258/2009, que aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en centros docentes en los apartados".

Rechaza a continuación los restantes alegatos de la demanda en los siguientes términos:

"En lo concerniente a las alegaciones de la demanda atinentes a la superación de las asignaturas de formación, en calidad de alumno, debemos reiterar lo ya expuesto. No se trata en este caso de cuestionar la capacidad intelectual del recurrente, siendo la calificación de no apto consecuencia no de una "actitud" que implica psicovulnerabilidad, que trae causa de los problemas en la personalidad reflejados anteriormente. Todos ellos incardinables en las estructuras de la personalidad, que se han evidenciado en el curso de la formación como alumno, que han sido evaluadas, de acuerdo con la OM 43/93, en su artículo 38, en relación y concordancia con lo que dispone la Ley 39/2007 en su artículo 71.2, por lo que las alegaciones no pueden tener favorable acogida [...].

Por último debemos señalar que el acta de la JMP Psiquiátrica, no tiene que explicitar aquellas funciones de la vida civil que pueda desarrollar el recurrente, por exceder del cometido de la misma, que se circunscribe al ámbito de la vida militar. Por todo ello la pretensión instada no puede tener favorable acogida".



**CUARTO.-** Notificada la sentencia, la representación de don Carlos José preparó recurso de casación que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 8 de abril de 2016, en la que acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones, el Procurador don Omar Carlos Castro Muñoz, presentó el 27 de mayo de 2016, escrito de interposición del recurso de casación, que fundó en tres motivos, formulados al amparo del supuesto del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo en la versión aquí aplicable.

Termina suplicando a la Sala que dicte resolución estimando la casación y dictando una nueva sentencia conforme a las pretensiones formuladas en la demanda de instancia.

**SEXTO.-** Comparecida la Administración recurrida, por providencia de la Sección Primera de esta Sala de 12 de julio de 2016 se puso en conocimiento de las partes, para alegaciones, la posible causa de inadmisión del recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento.

Formuladas alegaciones por ambas partes por Auto de la Sección Primera de 17 de noviembre de 2016 se admitió el recurso y se remitieron las actuaciones a la Sección Cuarta, competente para la sustanciación y resolución conforme a las normas de reparto.

**SÉPTIMO.-** Concedido traslado a la parte recurrida para oposición el Abogado del Estado formuló sus alegaciones por escrito de 20 de febrero de 2017 pidiendo que se desestime el recurso de casación.

**OCTAVO.-** En providencia de la Sección Cuarta de 19 de junio de 2019 se señaló para deliberación y fallo del recurso la audiencia del día 10 de septiembre de 2019, fecha en la que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en casación la sentencia dictada el 1 de marzo de 2016 de la que hemos dado cuenta en el extracto de antecedentes, frente a la que se articulan tres motivos de casación formulados al amparo del supuesto del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo, en la versión aplicable a este caso.

En el primero, que será decisivo, se aduce infracción del apartado 2 de la Orden PRE 2373/2003, de 4 de agosto, por la que se reestructuran los órganos médicos periciales de la sanidad militar y se aprueban los modelos de informe.

Se sostiene, en síntesis, que, conforme a una interpretación literal del precepto de la Orden Ministerial que se cita como infringido, la Junta médico pericial psiquiátrica se constituyó indebidamente porque sólo estaba integrada por cuatro especialistas en psiquiatría, cuando del precepto que se alega como infringido se colige que ha de estar constituida por el Presidente, un coronel o teniente coronel médico con especialidad en psiquiatría, y cuatro oficiales médicos de la misma especialidad; es decir, cinco oficiales médicos peritos. Se defiende que si la Junta está mal constituida ya no goza de la presunción de veracidad y de acierto que mantiene la sentencia, confirmando el criterio de la Administración demandada.

Se queja el recurrente de que la sentencia no contiene una argumentación bastante sobre este argumento, por lo que vulnera el artículo 24.1 de la CE en relación con el artículo 120 de la Norma Fundamental, cuando resulta que el informe que fundamenta la baja del recurrente como alumno del centro docente militar estaba constituida, conforme al acta de 10 de septiembre de 2013 por un presidente accidental y tres peritos más.

**SEGUNDO .-** El primer motivo está correctamente fundado y debe prosperar.

Como se razona, del tenor literal de la norma impugnada se desprende que la Junta médico pericial psiquiátrica debe estar presidida por "un Coronel o Teniente Coronel Médico, especialidad complementaria psiquiatría, designado por el Subsecretario de Defensa y estará constituida por cuatro oficiales médicos con la especialidad complementaria de psiquiatría, designados también por el Subsecretario de Defensa, todo ellos de menor empleo o antigüedad que el Presidente". Obvio es, por ello, que, como razona el motivo, debe estar integrada por cinco y no por cuatro oficiales médicos, en contra de lo que se afirma en forma apodíctica y errónea en la sentencia de instancia.

Del mismo parecer ha sido incluso la Administración demandada que, en el fundamento número II del recurso de reposición (al documento número 10 del expediente administrativo) aduce como razón que, entiende, lo hace mejor que los restantes que el dictamen médico ha sido emitido por *cinco médicos militares* especialistas en psiquiatría.



No ha sido así y esa circunstancia enerva ya una de las dos razones por las que la resolución de la reposición indica que el dictamen de la Junta debe prevalecer sobre el emitido por el médico siquiatra civil, que presentó el afectado durante la tramitación del expediente, así como el de la unidad de reconocimientos.

No considera la Sala que sea razón suficiente para considerar simplemente formal la infracción que denuncia el motivo que examinamos el dato -único de cierta consistencia que ofrece la sentencia recurrida- de que el informe haya sido emitido por unanimidad. En un órgano médico colegiado, como el que se examina, la presencia de todos los miembros que establece su norma de composición concede al informe el grado de credibilidad que debe ostentar, máxime cuando el criterio de la JMP ha sido la razón de decidir para acordar una medida ablatoria como la que se recurre, decisiva para la carrera del recurrente.

Apoya este razonamiento el apartado 3 del número décimo de la misma Orden PRE 2373/2003, de 4 de agosto cuando, al establecer las normas de funcionamiento de la Junta, dispone que un reconocimiento médico a realizar por la misma puede hacerse a juicio de su Presidente bien mediante la actuación de todos sus miembros o bien por una comisión nombrada al efecto, dentro de la propia Junta pero, advierte: " *en todos los casos los dictámenes serán emitidos por la Junta*, lo que remite a todos sus integrantes, como se defiende en el motivo de casación.

La sentencia contiene un razonamiento insuficiente y equivocado en este extremo, por lo que debe ser casada, dando lugar a este primer motivo.

**TERCERO.-** La casación y nulidad de la sentencia de instancia hace innecesario que entremos en el examen de los motivos segundo y tercero.

En contra de lo que se aduce en la demanda de instancia la intervención de la Junta médico pericial psiquiátrica es necesaria sin que apreciemos que los demás informes que obran en lo actuado puedan sustituirla en una materia como la que examinamos. El dictamen pericial de la doctora Ruth , aportado con la demanda, debe ser complementado, para una valoración de conjunto adecuada, con un dictamen emitido, con las debidas garantías, en el seno de las Fuerzas Armadas. Por ello, con nulidad de las resoluciones impugnadas, resulta procedente que se retrotraigan las actuaciones en vía administrativa para que se emita por la Junta médico pericial siquiátrica un nuevo dictamen, conforme a la normativa exigible. Y es destacable, por último, que la repetida Acta de la Junta médico pericial de 5 de septiembre de 2008 es incompleta e insuficiente. Además de lo que ya hemos expresado la misma no contiene los extremos que exige el apartado undécimo dos de la Orden PRE 2373/2003, de 4 de agosto, que reza:

"En las actas se hará constar una descripción precisa de las enfermedades, lesiones, secuelas o anomalías observadas. Se citará la etiología del proceso hallado si puede deducirse con precisión, indicándose cuando ésta sea sólo probable y su posible relación con el servicio, y existencia o no de la enfermedad o lesión con anterioridad al ingreso del interesado en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, así como su posible reversibilidad. En los diagnósticos no se utilizarán abreviaturas. Se describirá la minusvalía o limitación que produce, en relación, en su caso, a una posible falta de aptitud o limitación para ocupar determinados destinos que haya de determinar el órgano competente de personal al que asesora. Igualmente, se relacionará el proceso con el epígrafe o apartado del cuadro de condiciones psicofísicas que en su caso corresponda. La Junta se pronunciará sobre las alegaciones del interesado".

Esta circunstancia dificulta la defensa del recurrente, por la simple razón de que difícilmente se puede rebatir o hacer defensa frente a lo que son meras conclusiones de un informe incompleto.

Procederá en consecuencia que la Junta médico pericial siquiátrica se vuelva a pronunciar conforme a Derecho, debiendo el Ministerio de Defensa aportar un expediente en el que figuren, completos, todos los datos médicos que afectan al recurrente. En el estado actual de lo actuado procede rechazar todos los demás pedimentos de la demanda, por no apreciarse en las actuaciones datos convincentes que nos permitan pronunciarnos en este momento en el sentido que pretenden las demás peticiones de la demanda.

**CUARTO.-** Procede en consecuencia dar lugar al primer motivo de casación lo que determina la casación y anulación de la sentencia de instancia.

En su lugar estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Carlos José y, en su virtud, anulamos la resolución de 21 de noviembre de 2013 de la Subsecretaría de Defensa que acordó la baja del recurrente como alumno del centro docente militar de formación para el acceso a la condición de militar de carrera del Cuerpo de ingenieros del Ejército del Aire, así como su confirmación en reposición.

Ordenamos que se retrotraigan las actuaciones administrativas al momento oportuno para que por la Junta Médico Pericial Psiquiátrica se emita un nuevo dictamen completo, que respete los extremos razonados en la sentencia, prosiguiendo posteriormente la tramitación del expediente hasta su resolución definitiva. Contra



la nueva resolución que se dicte podrá el interesado, como es obvio, ejercer todas las acciones de las que se considere asistido.

Se desestima la demanda en todos los demás extremos.

## FALLO

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

1º) Estimar el primer motivo del recurso de casación número 1332/2016, interpuesto por la representación de don Carlos José , contra la sentencia de 1 de marzo de 2016, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid , que casamos y anulamos.

2º) En su lugar estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Carlos José ; anulamos la resolución de 21 de noviembre de 2013 de la Subsecretaría de Defensa que acordó su baja como alumno del centro docente militar de formación para el acceso a la condición de militar de carrera del Cuerpo de ingenieros del Ejército del Aire, y su confirmación en reposición. Ordenamos que se retrotraigan las actuaciones administrativas para que por la Junta Médico Pericial Psiquiátrica se emita un nuevo dictamen que respete lo razonado en esta sentencia, prosiguiendo posteriormente la tramitación del expediente.

3º) Sin costas, en cuanto a las de la casación y a las de la instancia ( Artículo 139 LJCA ).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-