

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Octava**  
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004  
33009730  
NIG: 28.079.00.3-2013/0015717



(01) 30293976724

## **Procedimiento Ordinario 000/2013 X – 03**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCION OCTAVA**

**RECURSO 000/2013**

**SENTENCIA NÚMERO 000**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

Doña Amparo Guilló Sánchez-Galiano

**Magistrados**

Doña Emilia Teresa Díaz Fernández

Doña María Jesús Vegas Torres

D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 26 de marzo de 2015.

Vistos por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 0000/2013, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Javier Freixa Iruela en nombre y representación de Don \_\_\_\_\_, contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa, de 21 de mayo de 2013, en virtud de la cual se desestima la pretensión de abono con efectos retroactivos de los haberes dejados de percibir, desde el 6 de marzo de 2009 hasta el 28 de marzo de 2012.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos contenidos en el expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales, se dicte sentencia conforme a lo solicitado en el suplico de la demanda.

**SEGUNDO.-** Dado traslado de la demanda al Sr. Abogado del Estado, para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

**TERCERO.-** Que, una vez ultimada la tramitación del procedimiento que obra en autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 25 de marzo de 2015, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier González Gragera.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se promueve este recurso contencioso-administrativo por el Procurador de los Tribunales Don Javier Freixa Iruela en nombre y representación de Don \_\_\_\_\_, contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa, de 21 de mayo de 2013, en virtud de la cual se desestima la pretensión de abono con efectos retroactivos de

los haberes dejados de percibir, desde el 6 de marzo de 2009 hasta el 28 de marzo de 2012.

Los hechos que han dado origen a los actos impugnados, son los que se exponen a continuación, según se deducen del acto impugnado:

*Se ha examinado su instancia de fecha 11.09.2012, por la que solicita se le reconozca el derecho al abono con efectos retroactivos de los haberes dejados de percibir, que le hubiera correspondido desde el 06.03.2009, así como la regularización de sus trienios y los intereses correspondientes.*

*Consta en su expediente que por sentencia firme nº 378, de 6 de mayo de 2011, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se falló la estimación del recurso contencioso-administrativo nº 973/2009, contra la Resolución de 18 de septiembre de 2009 dictada por el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, por la que causa baja en la fase de formación general militar por insuficiencia de condiciones psicofísicas al estar incluido en el apartado C-16 del cuadro Médico de Exclusiones que anula por no ajustarse a Derecho y declara el derecho del recurrente a participar en la Convocatoria que proceda como aspirante a Alumno Militar profesional de Tropa del Ejército del Aire.*

*Por resolución 765/13668/11, de 24 de agosto, del General Director de Enseñanza como consecuencia de la sentencia firme nº 378, de 6 de mayo de 2011, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se modifica parcialmente la resolución 765/04043/09, de 6 de marzo de 2009, publicada en el BOD número 50, de 13 de marzo, página 3723, en el sentido de quedar anulado a todos los efectos lo dispuesto en la misma.*

*Por Oficio de 17.11.2011 se le oferta destino y especialidad disponible en el 4º Ciclo de 2011 para su reincorporación a las Fuerzas Armadas, destino que es aceptado por el mismo, debiendo proceder a su incorporación el 9 de Enero de 2012.*

*Por Resolución 765/00765/12, de 16.01.2012, del General Director de Enseñanza se le nombra alumno para el acceso a la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería, causando alta administrativa el 09.01.2012.*

*Por Resolución 765/05501/12, de 28.03.2012, del General del Aire JEMA adquiere*

*la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería.*

*Por Resolución 762/09198/12, de 11.06.2012, del General Jefe del Mando de Personal se le asigna número de escalafón.*

*Con estas actuaciones se da por cumplida la Sentencia nº 378, de 6 de marzo de 2011.*

*El Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, en su redacción dada por el Real-Decreto 28/2009, de 16 de enero, en su artículo 21.2 y 5 Devengo de Retribuciones, establece que "2. Para el percibo de las retribuciones que no se devenguen con carácter mensual, será necesario, que por el órgano competente, se determine el derecho a su percepción como consecuencia de la prestación de los correspondientes servicios" y en su apartado 5 "sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder la parte de jornada no realizada, dará lugar a la deducción proporcional de haberes que no tendrá carácter sancionador."*

*Se requiere pues la prestación de los servicios para la percepción de los derechos económicos correspondientes, que se produce con su incorporación como alumno para acceso a la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería el 09.01.2012.*

*El artículo 3 de la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, establece en su apartado 7, que "También adquieren condición militar, sin que su vinculación sea una relación de servicios profesionales, los que ingresen como alumnos en centros docentes militares, conforme a lo dispuesto en el Título IV". Con anterioridad a su condición de alumno no se reconoce jurídicamente relación con las Fuerzas Armadas en la que se otorguen derechos de contenido económico.*

*En cuanto a la solicitud de la regularización de los trienios, el art. 2.3 del Real Decreto 1314/2005 de 4 de noviembre, establece que "los trienios están constituidos por una cuantía que se fijará en las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año para cada grupo/subgrupo de clasificación, perfeccionándose uno cada tres años de servicios efectivos en cualquier situación en la que se reconozca el tiempo a todos estos efectos". Se han de prestar los servicios para el perfeccionamiento de los trienios; la prestación de servicios se inicia el 09.01.2012 por lo que no ha transcurrido el tiempo necesario para el perfeccionamiento del primer trienio.*

*Por consiguiente, esta Subsecretaría considera que procede desestimar la solicitud formulada.*

**SEGUNDO.-** La parte actora pide la anulación del acto combatido y solicita los haberes dejados de percibir desde el 6 de marzo de 2009, incluidos los trienios, fecha en la que fue dado de baja por la resolución que posteriormente fue anulada por la sentencia del TSJ de Madrid, hasta el 28 de marzo de 2012, fecha en la que adquiere la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería.

Alega que, de otro modo, no se daría fiel cumplimiento a la sentencia judicial de esta misma Sala y Sección, e invoca en su favor determinados precedentes judiciales que a su juicio sostienen el mismo criterio que defiende.

El Abogado del Estado se opone a tales pretensiones remitiéndose a lo expresado en el acto impugnado, que antes fue reseñado.

**TERCERO.-** Para resolver el presente asunto debe hacerse una somera recapitulación de los hechos, pues la controversia supone una cuestión meramente jurídica sobre las consecuencias que devienen de tales hechos a la luz de la normativa aplicable.

Por Resolución 765/04043/09, de 6 de marzo de 2009 del General Director de Enseñanza del Ejército del Aire, el recurrente causó baja en la fase de formación general militar, por insuficiencia de condiciones psicofísicas al ser considerado “no apto”.

Contra dicho acto el ahora recurrente interpuso, tras agotar la vía administrativa, recurso contencioso-administrativo, que fue tramitado con el número 973/2009, por esta misma Sala y Sección, y que finalizó mediante sentencia firme de 6 de mayo de 2011, con el siguiente fallo:

*"Que estimamos el recurso contencioso-administrativo 973/2009 interpuesto por D. \_\_\_\_\_, ex-alumno Militar Profesional de Tropa del Ejército del Aire, contra la resolución de 18 de septiembre de 2009 dictada por el Director General de Reclutamiento y Enseñanza Militar (Ministerio de Defensa) que desestima el recurso de alzada interpuesto contra anterior resolución de 6 de marzo de 2009 del General Director de Enseñanza del Ejército del Aire, por la que causa baja en la fase de formación general militar por insuficiencia de condiciones psicofísicas al estar incluido en el apartado C-16 del Cuadro*

*Médico de Exclusiones, y que se anula por no ajustarse a Derecho. Y declaramos el derecho del recurrente a participar en la Convocatoria que procede como aspirante a Alumno Militar Profesional de Tropa del Ejército del Aire. Sin costas".*

En ejecución de la sentencia se dictó la resolución de 24 de agosto de 2011 del General Director de Enseñanza, por la que se modifica parcialmente la resolución de 6 de marzo de 2009, por la que se acordaba la baja del interesado, en el sentido de quedar anulado a todos los efectos lo dispuesto en la misma en relación con D. \_\_\_\_\_. Posteriormente se le nombró alumno para acceso a la condición de militar, se le nombra alumno para el acceso a la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería, causando alta administrativa el 9 de enero de 2012. Por Resolución de 28 de marzo de 2012, del General del Aire JEMA adquiere la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería y por Resolución de 11 de junio de 2012, del General Jefe del Mando de Personal se le asignó número de escalafón.

En consecuencia, el ahora recurrente ha dejado de percibir los haberes correspondientes al periodo entre el 6 de marzo de 2009 y el 28 de marzo de 2012, y tampoco se le ha computado dicho periodo al objeto de devengar los oportunos trienios.

**CUARTO.-** El criterio de esta Sala y Sección en casos como el que nos ocupa, ha sido expresado en diversas resoluciones judiciales, como por ejemplo en el Auto de que resolvió el incidente de ejecución suscitado en el recurso contencioso-administrativo 973/2009, entre las mismas partes que ahora concurren, donde se hacía en el Fundamento Jurídico Segundo el siguiente razonamiento:

*“SEGUNDO.- Para resolver este incidente debe tenerse presente que el cumplimiento de la sentencia ha de efectuarse atendiendo no sólo a las prescripciones del fallo sino también del resto de sus Fundamentos Jurídicos y que, de ellos, se deduce que la voluntad de la sentencia es anular el acto combatido, lo que significa expulsarlo del ordenamiento jurídico de modo que no produzca ningún efecto jurídico a salvo de los que expresamente se digan en la sentencia.*

*Como en la sentencia no se dice nada al respecto, debe entenderse que para el correcto cumplimiento de la sentencia **debe restablecerse por completo el equilibrio jurídico alterado** por ese acto administrativo que sería anulado en la sentencia.*

*Por ello debe reconocerse que tiene razón la parte actora en que se le debe restituir **al mismo lugar que hubiera ocupado en el escalafón** si no hubiera existido el acto anulado.*

*Por otro lado, ese cumplimiento por la Administración debe alcanzar **también a la restitución de las cantidades que se hubieran devengado** si no hubiera existido el acto anulado, añadiendo los intereses de demora”.*

Lo antedicho es lógica consecuencia, de la propia lógica que debe subyacer en cualquier actuación judicial, cuya finalidad es la de declarar el derecho aplicable a los hechos controvertidos y su interpretación, de modo que actúe de modo eficaz en el mundo de los acontecimientos fácticos y no meramente retórico o declarativo, de modo tal que la situación jurídica alterada por los actos revocados quede completamente restablecida como si tales actos no hubieran nunca acaecido.

Por ello no puede encontrar favorable acogida el razonamiento patrocinado por la Administración para fundar su acto, que reside en que las normas exigen la prestación efectiva de servicios para que puedan devengarse las retribuciones discutidas y que no existen normas que permitan obrar de otra manera. **Sin embargo, no debe ignorarse que el fundamento de la actuación administrativa en este caso no debe ser la aplicación de una u otra norma sino más bien el cumplimiento estricto de una resolución judicial.**

En consecuencia procede reconocer el derecho del ahora recurrente a la completa retribución que le hubiera correspondido en el periodo considerado, así como a la consideración de tal periodo a todos los efectos (retributivos y de otra índole) como si hubiera prestado servicios, añadiéndole los intereses de demora hasta el momento en que se produzca su efectivo pago.

**QUINTO.-** En relación con las costas, procede la condena en costas a la Administración demandada, en aplicación del artículo 139.1 de la LJCA.

**VISTOS.-** Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Que debemos **ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Javier Freixa Iruela en nombre y representación de Don \_\_\_\_\_, contra la resolución de la Subsecretaría de Defensa, de 21 de mayo de 2013, en virtud de la cual se desestima la pretensión de abono con efectos retroactivos de los haberes dejados de percibir, desde el 6 de marzo de 2009 hasta el 28 de marzo de 2012, anulando la resolución impugnada y reconociendo el derecho a la regularización y percepción de haberes y antigüedad en el periodo considerado en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Cuarto. Se condena en costas a la Administración demandada.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma no cabe recurso.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario certifico.