

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 06/02/2015

Tipo de Recurso: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Recurso Núm.: 000

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Señalamiento: 04/02/2015

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR CENTRAL

Ponente Excmo. Sr. D.: Jacobo López Barja de Quiroga

Secretario de Sala: Sección 001
Ilma. Sra. D^a. Josefa Lobón del Río (en sustitución)

Escrito por: RPA

Cláusula de confidencialidad: insubordinación por incumplimiento de la orden de firmarla. Falta de subsunción en el tipo sancionatorio.

Procedencia y Asunto: Tribunal Militar Central - CD-224/13-DF

Recurso Num.: 000

Ponente Excmo. Sr. D.: Jacobo López Barja de Quiroga

Secretario de Sala: Sección 001

Ilma. Sra. D^a. Josefa Lobón del Río (en sustitución)

SENTENCIA NUM :

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA QUINTA DE LO MILITAR**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Angel Calderón Cerezo

Magistrados:

D. Francisco Menchén Herreros

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

D. Jacobo López Barja de Quiroga

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados expresados, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil quince.

Visto el presente recurso de Casación 0000, que ante esta Sala pende interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela en la representación procesal que ostenta del recurrente Cabo del Ejército de Tierra D. _____, bajo la dirección Letrada de D. Antonio Suárez-Valdés González, contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central de fecha 30 de abril de 2014, en el recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario nº 000, por el que se desestima el recurso interpuesto por el hoy recurrente confirmando la sanción de un mes y un día de arresto, como autor de una falta grave consistente en "la falta de subordinación cuando no constituya delito", prevista en el artículo 8.20 de la LO 8/1998, de 15 de julio, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Comparece ante esta Sala en calidad de recurridos el Ilmo. Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia y el Excmo. Sr. Fiscal Togado, y han concurrido a dictar sentencia los Magistrados al margen relacionados bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. **JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA** quien, previa deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de septiembre de 2013, el Teniente General Jefe de la Fuerza Terrestre, resolvió el Expediente Disciplinario FT-0000, seguido contra el Cabo D. _____ imponiéndole la sanción de un mes y un día de arresto, por la comisión de la falta grave de "falta de subordinación, cuando no constituya delito", prevista en el artículo 8.20 de la Ley Orgánica 8/1998, de 15 de julio, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

SEGUNDO: Contra dicha resolución sancionadora el hoy recurrente D. _____ interpuso recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario ante el Tribunal Militar Central, que se tramitó bajo el número CD-

0000-DF, solicitando en la demanda dicte sentencia por la que revoque la sanción impuesta.

TERCERO: El Tribunal Militar Central poniendo término al mencionado recurso dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2014, cuya declaración de hechos probados es la siguiente:

<<"El día 6 de febrero de 2013 el expedientado, CABO D. _____, fue requerido para que firmara la cláusula de compromiso de confidencialidad para el personal del Ejército de Tierra, habiendo sido previamente y en varias ocasiones informado de la obligatoriedad de tal firma. Sin embargo, el expedientado se negó a la firma de la referida cláusula, tal como resulta del Anexo obrante a los folios 8 y 9 de las presentes actuaciones, y de la declaración del encartado, en la que reconoce los hechos (folios 24 y 25).>>

CUARTO: La referida sentencia contiene fallo del siguiente tenor literal:

*<<Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el Recurso Contencioso Militar Preferente y Sumario nº 224/13, interpuesto por el Cabo del Ejército de Tierra DON _____, contra la resolución del Excmo. Sr. Teniente General Jefe de la Fuerza Terrestre, de fecha 9 de septiembre de 2013, por la que se impuso la sanción de un mes y un día de arresto como autor de una falta grave consistente en la falta de subordinación cuando no constituya delito previsto en el nº 20 del art. 8 de la Ley orgánica 8/1998, de 15 de julio, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, confirmando la resolución impugnada, resolución que confirmamos por ser ajustada al ordenamiento constitucional, al no apreciarse en ella infracción, lesión o restricción alguna de ninguno de los derechos fundamentales expresamente invocados como vulnerados por el demandante.>>*

QUINTO: Notificada en forma la anterior sentencia, Don _____, según escrito presentado el 28 de mayo de 2014, anunció su intención de interponer recurso de casación, lo que se acordó mediante Auto dictado por el Tribunal sentenciador, con fecha de 6 de junio de 2014, ordenando al propio tiempo la remisión de las actuaciones y de los testimonios y certificaciones que

la Ley prevé así como el emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Sala en el plazo improrrogable de treinta días, a fin de hacer uso de sus derechos.

SEXTO: Personado ante esta Sala el Procurador D. José Javier Freixa Iruela, en la representación indicada, mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal Supremo con fecha 15 de septiembre de 2014, formalizó el anunciado recurso de Casación en base a los siguientes motivos:

Primero.- A tenor de lo establecido en el art. 88.1.d) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, por vulneración del derecho fundamental del actor a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la CE.

Segundo.- A tenor de lo establecido en el art. 88.1.d) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, por vulneración del principio de legalidad proclamado en el art. 25.1 CE, en relación con el apartado 20, del art. 8 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

SÉPTIMO: De la demanda se dio traslado al Ilmo. Sr. Abogado del Estado, que mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2014 formuló su oposición al recurso y solicitando su desestimación y fuese confirmada la sentencia recurrida; asimismo se dio traslado al Excmo. Sr. Fiscal Togado, que mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 16 de enero de 2015, apoya al recurso, considerando pertinente la casación de la sentencia; ambos escritos fueron presentados dentro del plazo concedido para la contestación a la demanda.

OCTAVO: Admitido y concluso el presente recurso, no habiendo solicitado las partes celebración de vista, ni considerándolo necesario la Sala por providencia de fecha 22 de enero de 2015, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 4 de febrero a las 12:00 horas, lo

que se ha llevado a efecto en tal fecha con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación del Cabo del Ejército de Tierra D. _____ interpone recurso de casación contra la sentencia nº 000 de fecha 30 de abril de 2014, dictada por el Tribunal Militar Central, por la que se desestimó el recurso contencioso disciplinario militar nº 0000 interpuesto contra la resolución del Excmo. Sr. Teniente General Jefe de la Fuerza Terrestre, de fecha 9 de septiembre de 2013. Dicho recurso de casación lo articula en base a dos motivos, el primero por considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia; y el segundo por estimar vulnerado el principio de legalidad.

SEGUNDO: El motivo relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe ser desestimado. En efecto, aunque es cierto que en los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, existe una frase poco acertada, por su ausencia de prueba, específicamente la consistente en: «habiendo sido previamente y en varias ocasiones informado de la obligatoriedad de tal firma», el resto del hecho probado aparece acreditado en razón a la declaración del expedientado que obra a los folios 24 y 25 de las actuaciones (en relación también con los folios 8 y 9). Y, por otra parte, al contrario, también debió tenerse por probado que en su negativa a firmar el recurrente añadió que «no firmo la presente por considerar que no se ajusta a derecho», pues todo procede de la fuerza probatoria de la declaración antedicha. Sin embargo, el resto del hecho probado es correcto y resulta acreditado como dijimos mediante la declaración del expedientado. Pero, al no tratarse de algún elemento esencial, como se dirá, para la posible subsunción es innecesaria una modificación del hecho probado, sin perjuicio de la matización indicada.

TERCERO: El recurrente considera vulnerado el principio de legalidad, esencialmente por ausencia de tipicidad de la conducta que en el hecho probado se imputa a su representado. El motivo debe ser estimado.

En los hechos probados sólo se indica que el Cabo «fue requerido para que firmara la cláusula de compromiso de confidencialidad» y que «el expedientado se negó a la firma de la referida cláusula», a lo que añadimos que lo fue por no considerarla ajustada a Derecho. El tipo sancionatorio previsto en el apartado 20 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de la Fuerzas Armadas, se concreta en «la falta de subordinación cuando no constituya delito», por lo tanto es preciso examinar si la conducta imputada es subsumible en el indicado tipo disciplinario. Conforme al hecho probado el Cabo fue requerido a firmar una cláusula y se negó; para concretar el concepto de requerimiento hemos de acudir al Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en donde en su art. 45 se distingue claramente entre órdenes y requerimientos; igualmente, debe repararse en el diferente régimen a que están sometidos los límites de obediencia entre la orden y el requerimiento, pues con relación a aquella se recoge el supuesto de que la orden entrañe la ejecución de actos constitutivos de delito (art. 48) en cuyo caso el militar no estará obligado a obedecerla, mientras que nada dice respecto al incumplimiento de un requerimiento. Incluso permite el art. 49 realizar objeciones a las órdenes recibidas. Sin duda, la base de esta normativa es la imposibilidad de que en un Estado de Derecho existan mandatos antijurídicos obligatorios, pues es la diferencia entre una obediencia ciega y una obediencia racional, la diferencia entre un sistema autoritario (basado en la mera autoridad del que ordena) y un sistema del Estado de Derecho (basado en la autoridad de la orden que no infringe la ley, esto es, que es conforme a Derecho). La cuestión se encuentra en sí los límites que enmarcan el deber jurídico de acatar la orden es el mismo que el de los requerimientos, así como sí las consecuencias de su incumplimiento son las mismas. Evidentemente, siempre nos estamos refiriendo a órdenes o requerimientos emitidos en el ámbito de la competencia del que las da y conforme al procedimiento establecido para tales órdenes o requerimientos. Al

respecto, conviene indicar que como dijimos, el indicado Real Decreto realiza la distinción entre órdenes y requerimientos y sólo se refiere al incumplimiento y a la posibilidad de plantear objeciones respecto de las órdenes; seguramente sea por la menor importancia del requerimiento y, de ahí, que su incumplimiento no está sujeto al mismo deber de obediencia del que corresponde a una orden. Conforme al hecho probado el Cabo fue requerido, esto es, no recibió una orden. Aquí ya aparece un elemento clave para la no subsunción de la conducta imputada en el tipo sancionador.

Dicho lo anterior es preciso examinar a continuación la cláusula de compromiso de confidencialidad que aparece a los folios 8 y 9 del expediente. De su lectura se desprende que en realidad existen dos cláusulas de confidencialidad: una es genérica respecto de cualquier dato o información que el personal del Ejército de Tierra pueda conocer en el ejercicio de su trabajo; esta cláusula de confidencialidad es normal y reiterativa con la que todo aquel que accede al Ejército ha de firmar. Ninguna objeción jurídica cabe realizar en cuanto a su existencia y la necesidad de que sea firmada, ahora bien, cuestión distinta es la consecuencia jurídica de su negativa a la firma, pues es evidente que no puede ser la sanción, dado que cumplida la sanción la cláusula de confidencialidad seguiría sin estar firmada. Es totalmente comprensible que el Ejército (al igual que ocurre en las empresas) quieran garantizarse con dichas cláusulas la confidencialidad de los datos que se manejan en el trabajo diario, e igualmente es comprensible que su negativa a firmar conlleve o bien la no admisión o, en su caso, la rescisión del compromiso en el Ejército.

La otra cláusula de confidencialidad se refiere -no a los datos de terceros obtenidos o conocidos en el ejercicio de su trabajo- sino a los datos propios para incorporarlos a una base informatizada de datos. Al respecto, tal cláusula debe cumplir -al menos- lo establecido en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y al respecto el art. 5.1 establece los derechos que tienen los interesados a quienes se le soliciten los datos de ser informados sobre distintas cuestiones y, además, el art. 5.2 señala que «cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior»; pues bien, en la cláusula presentada a la firma no figuraba ninguna de las advertencias, esto es,

ninguno de los derechos respecto de los que necesariamente tienen que ser informados. Junto a ello, el art. 6.1 de la indicada ley establece claramente que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa», y, evidentemente, un consentimiento obtenido bajo la emanación de una orden, deja de ser libre y voluntario, por lo tanto, deja de existir consentimiento y se transforma en una imposición coactiva que conduce a la inexistencia de consentimiento. En definitiva, la firma de tal cláusula no puede ser obligatoria, sino voluntaria; cuestión distinta es la consecuencia de la no firma de la cláusula, que no puede ser una sanción, pues además de la coacción que implica la sanción conlleva que la cláusula quede sin firmar. Esto no ocurre si la no firma no lleva aparejada sanción alguna, sin perjuicio, en su caso, de la rescisión del compromiso (cuestión en la que no entramos pues sería preciso examinar hasta que punto es esencial el conocimiento de los datos y la proporcionalidad de la medida). Como no puede ser de otra manera, en la misma línea encontramos la Instrucción General 2/11 del Ejército de Tierra, en donde en su art. 10.3 pone de manifiesto la necesidad del consentimiento del afectado que ha de ser libre, inequívoco, específico e informado; además desarrolla estos conceptos.

Es cierto que el art. 6.2 de la Ley de Protección de Datos establece una excepción al consentimiento «cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias» (norma algo más concretada en el art. 10 del Reglamento de desarrollo de la citada ley, aprobada por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). Ahora bien, este apartado segundo no quiere decir que se pueda imponer obligatoriamente la firma de una cláusula respecto a los datos de carácter personal, pues tal solución implica una incoherencia lógica. Son dos situaciones diferentes: a) la que podemos denominar habitual, en la que es preciso el consentimiento, en cuyo caso éste ha de ser libre, voluntariamente emitido e informado; y, b) los casos sometidos a la excepción del consentimiento, en los que no ha de recabarse consentimiento alguno; en estos casos exigir bajo la imposición de una orden la firma de un consentimiento es, al menos, como dijimos, una incoherencia lógica. Además, el que no sea preciso el consentimiento no impide que a la

persona cuyos datos van a ser tratados se le informe debidamente de tal circunstancia, informándole de las razones por las que se va a realizar sin precisar su consentimiento. Pero, en ese caso, como no es preciso consentimiento no tendría sentido orden alguna, ni desobediencia, ni sanción.

Lo cierto es que esta segunda opción no es la seguida en el caso de autos, sino la primera: se ha considerado preciso el consentimiento. En ese caso, como dijimos, la información ha de ser la que establece la Ley de protección de datos; en otras palabras, la firma ha de haber sido voluntaria y tuvo que ser obtenida siguiendo el sistema establecido en la Ley de protección de datos y en el citado Reglamento (entre otros art. 14, que se refiere a los arts. 5 de la Ley y 12.2 del Reglamento). No es posible ni admisible una conminación a la firma de la indicada cláusula mediante una orden (seguramente, por ello, el Cabo no recibió una orden sino un requerimiento). Y, la inexistencia de una orden legítima hace inadmisibles una sanción, precisamente por cuando es preciso que la orden sea emitida en el ámbito de las competencias de quien la emite y siempre que no sea contraria al ordenamiento jurídico. La consecuencia es que en este caso la conducta imputada al expedientado no es subsumible en el tipo sancionador.

CUARTO: Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Freixa Iruela en nombre y representación del Cabo del Ejército de Tierra D. _____ contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central de fecha 30 de abril de 2014 recaída en el recurso contencioso disciplinario militar ordinario nº 000.

2. Anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida.
3. Declarar que el Cabo del Ejército de Tierra D. _____ no ha cometido la falta grave de «falta de subordinación cuando no constituya delito», y anular la sanción que le fue impuesta.
4. Se declaran las costas de oficio.
5. Notifíquese esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jacobo López Barja de Quiroga , estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.