



Roj: **STMC 3/2023 - ECLI:ES:TMC:2023:3**

Id Cendoj: **28079850012023100003**

Órgano: **Tribunal Militar Central**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2023**

Nº de Recurso: **96/2022**

Nº de Resolución: **3/2023**

Procedimiento: **Recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario**

Ponente: **ANTONIO RAFAEL MATA ALONSO-LASHERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CD-DF 96/22

Guardia Civil don Sebastián

SENTENCIA NÚM 3 /23.

Ilmos. Sres./Ilma. Sra.

Auditor Presidente (e.F.)

Coronel auditor

D. ANTONIO RAFAEL MATA ALONSO-LASHERAS

Vocales Togados

Coronel auditor

D. José Luis Herrero García

Vocal Togado

Coronel auditor

Dña. María Inmaculada Benavente Cozar

EN NOMBRE DEL REY La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, con la composición expresada al margen y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que dimana de la Constitución, dicta la siguiente

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a veintiséis de julio de dos mil veintitrés.

Visto el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR PREFERENTE Y SUMARIO número 96/22, interpuesto por el guardia civil don Sebastián, con destino en la Unidad de Acción Rural del Grupo de Acción Rápida (G.A.R.) con guarnición en Logroño, en el que han sido partes el actor, que actúa representado por Doña Angustias del Barrio León, Procurador de los Tribunales de Madrid, la Administración sancionadora, representada y defendida por la Abogacía del Estado y la Fiscalía Jurídico Militar, el Tribunal Militar Central dicta la presente sentencia siendo ponente el coronel auditor don Antonio Rafael Mata Alonso-Lasheras, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurrente impugna en el presente proceso la resolución del general de brigada de la Guardia Civil jefe de las Unidades Especiales y de Reserva de fecha 3 de noviembre de 2022, en la que se acordaba la incoación del expediente disciplinario por falta grave N° NUM000, por observancia de conducta gravemente contraria a la dignidad de la Guardia Civil prevista en el artículo 8.1 de la Ley de Régimen disciplinario de la Guardia Civil y, como medida cautelar, el cese en sus funciones habituales del demandante por el término de

tres meses, conforme a lo previsto en el artículo 54.1 de la misma. Lo que fue notificado al guardia Sebastián el 7 de noviembre de 2022.

SEGUNDO.- El recurso se interpuso por escrito registrado en este Tribunal el día 10 de noviembre de 2022, procediéndose mediante diligencia de ordenación de 11 de noviembre a la designación de vocal ponente y a la reclamación del expediente disciplinario NUM000 .

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso por diligencia de 22 de noviembre de 2022, el actor formuló demanda el día 24 de noviembre, en la que achaca a la resoluciones impugnada la vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión, y a no ser sancionado sin que el sancionado haya podido articular una defensa efectiva de sus intereses dentro del correspondiente procedimiento, así como ex art. 24 CE. Lesión del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad administrativa, suplicando por todo ello que se anule y deje sin efecto la medida cautelar de suspensión de funciones por un periodo de tres meses, restableciendo al recurrente en la situación que se encontraba con carácter previo a la adopción de la medida cautelar anulada, con plenitud de derechos. Considera que el acuerdo carece de motivación en cuanto a justificar la necesidad de adopción inmediata de la medida.

CUARTO.- La Abogacía del Estado interesa se dicte sentencia desestimatoria del recurso por los fundamentos expuestos en su escrito de contestación a la demanda, de fecha 12 de diciembre de 2022. La de la Fiscalía es de 5 de diciembre de 2022 en idéntico sentido.

QUINTO.- La parte demandante interesó el recibimiento del proceso a prueba, que se limitó a la documental referida al expediente a los documentos anexos que aportó en su escrito de demanda, que fueron admitidos por decreto del secretario relator de 14 de diciembre. Las conclusiones sucintas fueron evacuadas por la Abogacía del Estado, el demandante y la Fiscalía mediante sendos escritos de fecha, 20 y 19 y 20 de diciembre de 2022, en los que reiteraron sus respectivas pretensiones.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo del recurso el día de hoy, en que se ha celebrado el acto con el resultado que a continuación se expresa.

SÉPTIMO.- Por acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 4 de mayo de 2023 se designó auditor presidente en funciones del Tribunal Militar Central, al coronel auditor Antonio Mata Alonso-Lasheras.

OCTAVO.- En su escrito de 10 de noviembre de 2022 la parte demandante instó como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido, lo que dio lugar a la apertura de la pertinente pieza separada que culminó en auto de 24 de noviembre de 2022, denegatorio de lo solicitado y confirmado en súplica por auto de 19 de diciembre de 2022.

HECHOS PROBADOS

Se declaran expresamente probados los siguientes:

Que el general de brigada de la Guardia Civil, jefe de Unidades Especiales y de Reserva, acordó en fecha de 3 de noviembre de 2022 el CESE EN FUNCIONES por el termino de TRES MESES del guardia civil D. Sebastián . Dicha medida cautelar se fundamentó en la incoación de Expediente Disciplinario NUM000 por la presunta comisión de una falta muy grave prevista en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en " *la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil*".

Dicho acuerdo trajo origen en el parte disciplinario emitido por el coronel jefe de la Unidad de acción Rural de 21 de octubre de 2022, acompañado de escrito del cabo 1º Adrian del GAR, en el que relata unos hechos presuntamente acaecidos entre las 15:30 pm y las 15:40 del día 1 de julio de 2022 en el negociado de abastecimientos ubicado en el acuartelamiento de la UAR en la calle Duques de Nájera de Logroño. Relatando que tras recibir una llamada sobre las 15:30 del dicho día del guardia civil Sebastián , interesándose por el lugar donde se encontraba el receptor de la llamada, se trasladó a las dependencias del negociado de abastecimientos, donde sobre las 15:40 dijo sorprender al citado guardia civil en el interior de la dependencia con un fleje de billetes en la mano por valor de 150 euros, que estaba cogiendo de una caja de caudales existente en la dependencia.

El JUTOTER 43 incoó por auto de 4 de noviembre de 2022 las Diligencias Previas 43/23/22 por esos mismos hechos.

MOTIVACIÓN



La convicción de que los hechos han acaecido en la forma expresada resulta del examen del expediente disciplinario número NUM000 incorporado a las actuaciones, conforme al pormenor que sigue:

I) A los folios 1 y 2 obra acuerdo de incoación del expediente disciplinario de 3 de noviembre de 2022, disponiendo la suspensión del demandante en sus funciones habituales por un periodo de tres meses, en base al artículo 54.1 de la Ley de régimen disciplinario de la Guardia Civil por exigirse una acción inmediata a favor de la disciplina y por evitar que se siguiera un grave daño para el servicio. Mismo razonamiento que el esgrimido en el informe del asesor jurídico de la Guardia Civil de 26 de octubre de 2022, que obra a los folios 3 y 4, en que considera que procede adoptar la medida cautelar de cese en todas sus funciones por tres meses.

II) A los folios 7 y 89 obra el parte del coronel jefe de la UAR de 21 de octubre de 2022 y a los 9 y 10 el oficio del cabo 1º Adrian .

III) A los folios 51 y 52 obra auto de incoación de las Diligencias Previas 43/23/22.

IV) En el resto del expediente obra hoja de servicios del demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el recurrente, como se he señalado y tras negar los hechos por los que se ordena la incoación del procedimiento, la vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión, y a no ser sancionado sin que el sancionado haya podido articular una defensa efectiva de sus intereses dentro del correspondiente procedimiento ex art. 24 CE junto con lesión del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad administrativa.

Ciertamente el elenco de derechos y principios que evoca el demandante encuentran encaje dentro de las prevenciones del artículo 24 CE 78, en lo que hace al derecho a obtener la tutela efectiva, proscripción de indefensión, derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías. No encuentra sin embargo preciso acomodo en tal ámbito la interdicción de la administración administrativa, que no aparece dibujada en el cuadro establecido por los artículos 543 y 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar y artículos 53.2, 14 y Sección primera, capítulo segundo CE 78, por lo que no resulta admisible el recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario para su valimiento, lo que implica que la sala no se pronuncie en cuanto a lo alegado al respecto por el demandante, al no reputar que dicha cuestión de legalidad ordinaria vaya indisolublemente unida a la violación de derechos fundamentales, no pasando a formar parte de lo que la doctrina del *Conseil d'État* francés dio en denominar " *bloque de la constitucionalidad*".

En cuanto al alcance concreto de las alegaciones del recurrente, ha de ponerse de relieve desde este momento iniciático que las mismas, en su cuasi totalidad, se refieren efectivamente a cuestionar la realidad de los hechos e impugnar el escrito del cabo 1º, redarguyéndolo por falta de pruebas que lo sostengan. No puede dejar de ser consciente de que lo que debe plantearse en la particular especie de recurso sustanciable por mor de lo dispuesto en el artículo 465 LOPM y 54.3 de la Ley disciplinaria del Cuerpo, se constriñe a la adopción por el mando con competencia sancionadora de una medida cautelar de cese en funciones, justificada por la exigencia de *una acción inmediata para mantener la disciplina o evitar perjuicio al servicio*, debido a *la naturaleza y circunstancias* de la falta grave en cuestión.

Toda la retahíla de afirmaciones directamente relacionadas con las circunstancias indiciarias, según la parte, en que sucedieron o no sucedieron los hechos, dicen relación con el fondo del asunto, con su probanza definitiva, que no corresponde a esta sala zanjar.

Con relación a la que sería la primera de las alegaciones, la lesión del derecho fundamental a no sufrir indefensión, y a no ser sancionado sin que éste haya podido articular una defensa efectiva de sus intereses dentro del correspondiente procedimiento, ex art. 24 CE, pone de manifiesto la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de abril de 2014, que: " *La Autoridad disciplinaria está autorizada legalmente para decidir y acordar la expresada medida que no constituye en sí una sanción y que ostenta naturaleza preventiva. No se dispone como una respuesta del Estado ante la comisión de un delito o de una falta disciplinaria, sino como una medida que la Administración puede adoptar cuando un militar, o miembro de la Guardia Civil en este caso, se encuentre en las situaciones descritas a las que alude el art. 54.1 de la Ley Orgánica 12/2007* ", debiéndose " *valorar los hechos imputados, el perjuicio que dicha imputación pudiera derivarse o inferirse para el régimen del servicio, la alarma social producida y demás extremos que aconsejen interrumpir el régimen normal de funciones a cargo de la persona de que se trate, exigiéndose además por esta Sala que se adopte con urgencia. De otro lado, tal como hemos venido diciendo, (STS. S 5ª de 5 de mayo de 2011 , recogiendo las de 16 de abril y 6 de mayo de 2002 , y 18 de mayo de 2003) "la función del órgano judicial al controlar la presente actuación disciplinaria se contrae a verificar si concurren los elementos que autorizan la medida cautelar de que se trata, si se han observado los componentes reglados del acto, o si, por el contrario, la medida se*



ha adoptado por mera discrecionalidad; así como la justificación del acuerdo y su motivación razonable". Basta advertir, entonces, que para la adopción de las medidas cautelares tan solo es preciso que exista una mínima noticia, racionalmente suficiente, de la existencia de unos hechos, constitutivos de algún ilícito disciplinario, y que, a juicio de la autoridad disciplinaria, este hecho "exija la adopción de la medida cautelar". En el presente caso, la existencia racional del hecho, esa noticia mínima, está expresada en la orden de incoación del general jefe de las Unidades Especiales y de Reserva de la Guardia Civil, de fecha 03 de Noviembre de 2022, integrada por el escrito emitido por el coronel jefe de la Unidad de Acción Rural, de elevación del parte disciplinario de fecha 14 de Octubre de 2022, en donde primeramente se pone de manifiesto que los hechos narrados han sido puestos en conocimiento del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 43 de Burgos, por un presunto delito contra el patrimonio en el ámbito militar. Sin perjuicio de dar por reproducido el contenido íntegro del parte disciplinario de fecha 14 de Octubre de 2022, de forma sucinta en él se hace constar que el día 01 de julio de 2022, sobre las 15:00 horas, el guardia civil Sebastián fue sorprendido por el cabo 1º Adrian, a quien había llamado previamente por teléfono para confirmar si se encontraba en el destino, cogiendo dinero (unos 150 euros en total) de una caja de caudales donde se guarda el dinero del destino para gestiones de abastecimiento. En el informe del asesor jurídico de la Guardia Civil, que le sirve de motivación a la orden de incoación, ya se puso de manifiesto la trascendencia de los citados hechos, al expresar que la conducta del repetido guardia civil "supone un grave atentado a la dignidad de la Institución", con la consiguiente alarma generada entre los componentes de la Unidad de Acción Rural.

Por otra parte refiere el recurrente que la medida cautelar de cese en las funciones habituales por el término de tres meses se adopta "inaudita parte", sin darle lugar ni opción a alegación ni manifestación alguna; que no se le ha dado la posibilidad de contrarrestar la versión de su acusador, lo que ha supuesto una indefensión palmaria para el ahora recurrente, cuya primera noticia ha sido el acuerdo de incoación del expediente disciplinario por falta grave Nº NUM000 y la adopción de la medida cautelar.

Permítasenos destacar, asumiendo la argumentación y parafraseando al Fiscal Jurídico Militar, que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, *verbi gratia* en Sentencia de 26 de septiembre de 2009, señala que: "La medida cautelar opera sin relación con pronunciamientos de culpabilidad, por razones de disciplina que están directamente vinculados a la protección del servicio y al interés general. Basta con la existencia aparente del hecho antijurídico para que su adopción sea posible, y en esa concordancia radica el "fumus boni iuris" de la actividad administrativa. En idénticos términos viene coincidiendo la jurisprudencia constitucional relativa a la adopción de medidas cautelares - SSTC 128/1995, de 26 de julio y 66/2008, de 29 de mayo, entre otras-, que afirma que "el derecho a la presunción de inocencia no puede quedar comprometido por la adopción o mantenimiento de la medida de prisión provisional, puesto que el demandante no ha sido juzgado, ni sobre su conducta se ha producido pronunciamiento alguno derivado de la valoración de pruebas que nose han practicado". También la Sala de Justicia de este mismo Tribunal Militar Central, como indican tanto Fiscalía, como Abogacía del Estado, acogiendo la jurisprudencia citada, ha mantenido que: "Por su naturaleza, las medidas cautelares disciplinarias... - Sentencias de este Tribunal N 5, 7 y 109, de 26 de Mayo y 14 de Octubre de 2009, respectivamente-...no puede prosperar la alegación del actor, más al contrario, como se ha hecho constar, es suficiente la documentación que se aporta en el expediente; el contenido de todo ello demuestra inicialmente y da apariencia de buen derecho a todo cuanto se vierte en la orden de incoación, y en la valoración que merece no parece desatinado ni desproporcionado afirmar que la conducta imputada exige "una acción inmediata para mantener la disciplina y evitar que se siga produciendo el grave perjuicio a la imagen de la Institución", tal como razona la autoridad disciplinaria".

En cuanto a la adopción de la medida in audita parte, la Ley disciplinaria previsiblemente en aras a esa inmediatez y sumariedad imprescindibles en la adopción de la medida cautelar, no prevé la audiencia del expedientado, aun cuando ésta pudiere resultar adecuada para otorgar un mayor espectro al derecho de defensa. No obstante el ejercicio del derecho a la defensa respecto a la medida cautelar lo ofrece la posibilidad de que contra tal medida el interesado pueda interponer directamente recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario (apartado 3 del artículo 54 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil)

SEGUNDO.- Alega el demandante lesión del principio de seguridad jurídica, en cuanto a la inexistencia de perjuicio para el servicio y de afectación al principio de la disciplina. Para el recurrente el acuerdo de la medida cautelar carece de la más mínima y elemental referencia y explicación de cuáles son las causa que exigen una acción inmediata para mantener la disciplina y evitar que se cause un perjuicio grave al servicio. La adopción de suspensión de funciones acordada es una medida arbitraria, carente de la más mínima justificación.

A este respecto cabe decir que la resolución impugnada del general jefe de las Unidades Especiales y de Reserva de la Guardia Civil refleja con claridad la gravedad objetiva de los hechos que motivan la incoación del expediente por falta muy grave y a su vez la adopción de la medida cautelar; baste recordar nuevamente que en dicha resolución se dispone que "la conducta que en este inicial momento se imputa al interesado constituye



una presunta infracción disciplinaria, provisionalmente calificada en los términos que han quedado expuestos, de las que, por su naturaleza y circunstancias, exigen una acción inmediata para el mantener la disciplina y evitar que se siga un grave perjuicio al servicio". Los hechos anteriormente expuestos de por sí justifican una acción inmediata, pues " *atentan directamente al buen funcionamiento del servicio, perjudican gravemente la imagen de la Institución y afectan al principio de la disciplina dado el negativo ejemplo que supone para los compañeros y subordinados, motivando de este modo, dicho sea con carácter de presunción la pérdida total de confianza de sus superiores*".

En opinión de la Fiscalía, " *En cuanto al momento en el que se adopta la medida y el impacto sobre la disciplina o el servicio de los hechos motivadores de la incoación del procedimiento disciplinario, no se trata tan solo de apartar temporalmente del desempeño de sus funciones a quien se ve sujeto a tal medida cautelar, sino que lo que se persigue con ello es evitar el impacto perjudicial que, sobre la disciplina o el servicio en general, pudiera producir la inacción administrativa -más allá de la mera tramitación del procedimiento disciplinario- ante unos hechos que en principio revisten gravedad, máxime cuando éstos trascienden del ámbito puramente interno de la unidad, al remitirse al Juzgado Togado Militar núm. 43 de Burgos por un presunto delito contra el patrimonio en el ámbito militar*".

Y añade que: " *Nada dice la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil sobre el plazo legalmente establecido para que se tome la decisión de aplicar la medida de cese en funciones por tres meses, aunque debe ser lo más inmediato posible por su propia naturaleza y por el expreso y constante reconocimiento que en este sentido viene expresando la Sala Quinta en sus resoluciones; del examen de la documentación que conforma la orden de incoación del Expediente Disciplinario se puede concluir que la misma se adoptó con la inmediatez que requiere el artículo 54 de la LORDGC, pues se tomó, cuando apenas había transcurrido unas dos semanas desde la recepción del oficio del cabo 1º, remitido por conducto reglamentario a través del coronel jefe de la UAR - a quien dio cuenta de los hechos-, con propuesta de adopción de la medida cautelar después impuesta*".

De otro lado señala la Abogacía del Estado, " *se hace difícil comprender cómo a través de tal medida de naturaleza cautelar y preventiva se puede vulnerar derechos como el de prohibición de indefensión y arbitrariedad que requiere una previa sanción o condena*". Trayendo a colación la Sentencia de 14 de julio de 2003 de este tribunal, nos recuerda que: " *Si ya desde el inicio del procedimiento -momento oportuno para imponer medidas cautelares-, se exigiera al poder punitivo del Estado, en cualquiera de sus vías, la prueba cumplida del hecho punible y de la participación en el mismo del responsable, está claro que no podría imponerse ninguna cabalmente, porque, cuando se inicia el procedimiento, estaban de más ciertas medidas cautelares como la detención, la prisión, el embargo o la fianza -en el ámbito penal- o el cese de funciones, en el ámbito administrativo. La presunción de inocencia, que sólo puede ser destruida por una sentencia condenatoria basada en pruebas de cargo es exigible para imponer una sanción o una pena, de modo que mientras esta no ha recaído aquella subsiste en toda su plenitud, pero no para acordar una mera medida cautelar, porque para imponer esta es obvio que sólo se precisa el mero indicio*".

De especial transcendencia a los efectos que nos ocupan resultan la afectación a la disciplina y daño al servicio, que fundamentan la adopción de la medida cautelar, como se señala el informe del asesor jurídico de la Guardia Civil, que hace especial hincapié en ello, por el impacto que se produce en la unidad de destino del demandante, dado el cariz de los presuntos hechos, consistentes en una apropiación de caudales públicos, que ha llevado al JUTOTER 43 a incoar un procedimiento penal por los mismos hechos, lo que de forma palmaria, lo decimos a sabiendas de reiterarnos quizá en demasía, muestra la repercusión en disciplina y servicio y su particular gravedad, lo que es considerado en la orden de incoación del expediente disciplinario como constitutivo de conducta gravemente contraria a la dignidad de la Guardia Civil, castigada en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 12/2007.

TERCERO.- Se colige de lo que estamos exponiendo que la piedra angular de la impugnación viene a ser, a juicio de la sala, la afirmación de que la medida cautelar carece de motivación suficiente y causa indefensión, dado que no acredita las razones y justificaciones que demuestran la necesidad de una medida de carácter instantáneo e inmediato.

Es consubstancial a lo dispuesto por el artículo 54, y en ello asiste toda la razón al recurrente, que la medida cautelar (cese del expedientado en toda o alguna de sus funciones habituales por un periodo máximo de tres meses), es una **acción inmediata** en aras de mantener la disciplina o evitar perjuicio al servicio, siempre y cuando lo **exijan** la naturaleza y circunstancias de la presunta falta grave.

Es comprensible la argumentación del recurrente, al menos en tanto en cuanto la resolución nada indica respecto a la inmediatez de la medida; como decimos elemento esencial e inseparable del fin, que no sólo justifica, sino que obliga a su adopción.



La dicción del precepto es clara. Si la protección inmediata de la disciplina (y el servicio), lo requiere, no es dable otra opción; ha de adoptarse la medida cautelar. Por ello mismo la inmediatez no puede ser desdeñada en la toma de la decisión. No sólo por ser elemento reglado, sino por el propio atributo de sumario, transitorio y fluido del contenido de la resolución. Todo lo que hemos dicho al respecto redundará en que en este trance procesal no quepa entrar en el fondo del asunto, ni precisar los hechos, ni discutir el tipo disciplinario para su incardinación. Ni siquiera se exige audiencia previa al expedientado. Por ello mismo se ha de respetar con especial exquisitez, cuando menos, la base legalmente reglada que fundamenta decretar la mediada, de tan profundas consecuencias para quien la sufre. De otro modo, en efecto, podría ocasionarse indefensión a la parte.

Para indagar con mayor profundidad si el acuerdo se ha adoptado con inmediatez, como **acción inmediata** de obligada, necesaria e imprescindible adopción por el mando, hemos de repasar algunos hitos temporales, que ya constan:

- a) Los presuntos hechos acaecen el 1 de julio de 2022, habiendo sido presenciados personalmente por el cabo 1º Adrian ;
- b) El 19 de octubre de 2022 el cabo 1º Adrian eleva oficio al coronel jefe de la UAR; escrito al que cabría reputar como parte militar según el artículo 40 de la Ley disciplinaria, aunque el emisor no califica su escrito ni como parte, ni como denuncia, ni como nada con nombre propio en derecho; comienza por un *Relato de hechos* sin fórmula introductoria, sin dirigirse a su superior, que consta únicamente como destinatario en las referencias generales del oficio; y finaliza manifestando que " *los hechos que han quedado relatados integran, con carácter indiciario una conducta reprobable, motivo por lo que eleva el presente escrito a la autoridad*"; sin indicar si es reprobable a título disciplinario, penal o ético- moral;
- c) El 21 de octubre de 2022 el coronel eleva mediante oficio el escrito del cabo 1º, al que califica de parte militar, al general jefe de la UER, indicando que los hechos podrían ser constitutivos de delito contra el patrimonio en el ámbito militar, de los previstos en el artículo 82.2 del Código Penal Militar y, al mismo tiempo, los considera constitutivos de falta grave, sin dar razón de tal discriminación bipolar, cuyas notables consecuencias exceden el ámbito de este procedimiento; y junto a todo ello el coronel manifiesta en su escrito que ha puesto los hechos en conocimiento del JUTOTER 43 el 20 de octubre;
- d) El informe de la Asesoría jurídica de la Dirección General es de 26 de octubre de 2022;
- e) La orden de incoación y cese en funciones es de 3 de noviembre de 2022 y su notificación al interesado de 7 de noviembre;
- f) El auto de incoación de las Diligencias Previas 43/23/22 es de 4 de noviembre de 2022 y en él se recoge que el parte del cabo 1º Adrian tuvo entrada en el Juzgado el 2 de noviembre;
- g) El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define inmediato como " *que sucede en seguida, sin tardanza*"; términos esto que no consideramos preciso continuar definiendo por reenvío.

La pregunta que se hace pues la sala es la de si cabe dotar a lo ejecutado por la autoridad sancionadora de las propiedades de una acción inmediata. Es lo cierto que no existe un plazo legalmente determinado para acordar la medida cautelar por lo que habrá que estar en cada supuesto concreto no sólo a su apariencia sino a todas las circunstancias concurrentes (Sentencia de esta Sala de 23 de abril de 2012), exigiéndose además por la Sala Quinta del Tribunal Supremo que la medida cautelar se haya adoptado con urgencia (por todas STS. Sala 5ª de 5 de mayo de 2001). En este sentido la Sala Quinta ha estimado como tiempo razonable para atender al requisito de la inmediatez exigido en el artículo 54 de la norma disciplinaria el de diez o doce días desde la emisión del parte (así, entre otras las SS. 92/2018, de 31 de octubre, 47/2019, de 8 de abril y 44/2023, de 17 de mayo).

En el caso que nos ocupa, no sólo trascurrieron dieciséis días desde que el Cabo 1º comunicó oficialmente los hechos (el 19 de octubre de 2022) hasta que se adoptó la medida cautelar (el 3 de noviembre de 2022), sino que además y ello hace que quiebre sobremanera el imponderable requerimiento de la inmediatez en la adopción de la cautelar es que ésta se adopta pasados ya algo más de cuatro meses de que los hechos hubieren sucedido - mayor extensión temporal que la duración de la medida - y de que tales hechos fueren conocidos por la superioridad (condición de superior que ostentaba el cabo 1º Adrian). Lo que hace que la medida adoptada no reúna los atributos que permitan calificarla de inmediata. A lo que debe añadirse que en el acuerdo de inicio no se da razón alguna del sentido de inmediatez que se otorga al cese en funciones. Ciertamente es que una gran parte de la tardanza en la reacción represiva nace de la inacción del cabo 1º Adrian , pero no lo es menos que éste forma parte del mecanismo sancionador que él mismo puso en marcha y sus actos se incardinan en el conjunto de los evaluables bajo el sintagma **acción inmediata**. Desde luego resulta evidente



que no dio a los hechos la relevancia que después se tomó en consideración. Inacción de la Administración de la que no puede irrogarse un perjuicio para el interesado.

Y nada se aduce en el expediente respecto al momento en que el presunto hecho pudo repercutir en la moral de la unidad. No consta que el cabo 1º lo mantuviese en secreto, por lo que hemos de partir en nuestro análisis de la base de que el momento en que la especial sacudida para la disciplina que supuso su conocimiento y trascendencia para sus componentes, se computa aproximadamente desde el 1 de julio, por la simple aplicación del *in dubio*.

Tampoco cabe acudir a la incoación de procedimiento penal para justificar la repercusión de los hechos en la disciplina o en el servicio. Ya que, con independencia de que en el Juzgado se recibiera el oficio o parte el 2 de noviembre, como afirma el juez, o el 20 de octubre, como afirma el coronel, las actuaciones judiciales dieron comienzo el 4 de noviembre, es decir, con posterioridad a la adopción de la mediad cautelar, con lo que por axioma no han podido ejercer ninguna influencia en la toma de la decisión, ni ser valoradas en tal sentido.

Por tanto uno de los pocos elementos reglados previstos por el nomoceta patrio para la adopción de la mediad cautelar, no sólo no ha sido debidamente justificado (en realidad no se hace mención alguna), sino que ni siquiera con una versátil ductilidad intelectual en la ponderación jurídico-conceptual, puede la sala diseñar un esquema jurídico en el que se afirme que la adopción de la medida fue inmediata, cuando ha sido acordada más de cuatro meses después de que sucedieran los hechos y desde que un se tuviera conocimiento de ellos. Repetimos; es del cabo 1º de quien parte la *notitiacriminis* en cuanto superior militar; el término *a quo* en el que la administración sancionadora tiene conocimiento de lo sucedido es pues el 1 de julio de 2022. Y al cabo 1º correspondía reaccionar tomando las oportunas medidas disciplinarias si tuviera competencia al efecto o dar verdadero parte de los hechos, pudiendo éste incluso haber adoptado, ya en el momento inmediato de conocer los hechos, alguna de las medidas que al efecto prevé el apartado 2 del artículo 24 de la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil: "*Si la naturaleza y circunstancias de la falta exigen una acción inmediata para mantener la disciplina, evitar un posible perjuicio grave al servicio o a la buena imagen de la Institución, cualquier superior podrá ordenar que el presunto infractor se persone de manera inmediata en la Unidad, Centro u Organismo que constituya su destino y podrá, además, disponer el cese de éste en sus funciones habituales por un plazo de hasta cuatro días, en espera de la posterior decisión del mando competente para acordar el inicio del oportuno procedimiento sancionador, a quien informará de modo inmediato de la decisión adoptada*"

Nada de esto se ha explicitado en la resolución y nada ha podido hacer valer en defensa de sus derechos el expedientado, puesto que la decisión se tomó, como éste se lamenta, *inaudita parte*. Es así que, para encontrar ese difícil equilibrio entre el *favor disciplinae* y la actualización del ejercicio de derechos fundamentales, que nos permitiera calibrar en conciencia, si la hendidura ocasionada en ellos por la medida encuentra acomodo en el ordenamiento jurídico, nos faltan los mimbres que ha escatimado la autoridad con competencia sancionadora al no efectuar una debida ponderación de lo relativo a la inmediatez de la medida, que tenemos por inexistente.

El motivo, por tanto, debe pues ser atendido.

CUARTO.- Las costas deben declararse de oficio por cuanto el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar dispone que "*La justicia militar se administrará gratuitamente*" y el artículo 454 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), señala que el "*procedimiento contencioso- disciplinario militar es gratuito, sin que pueda en él imponerse condena en costas ni exigir depósitos*".

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás normas de general uso y aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR** y **ESTIMAMOS** el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR PREFERENTE y SUMARIO número 96/22 interpuesto por el guardia civil don Sebastián contra la resolución del general jefe de las Unidades Especiales y de Reserva de fecha 3 de noviembre de 2022, en la que se acordaba la incoación del expediente disciplinario por falta grave N° NUM000, por observancia de conducta gravemente contraria a la dignidad de la Guardia Civil prevista en el artículo 8.1 de la Ley de Régimen disciplinario de la Guardia Civil y, como medida cautelar, el cese en sus funciones habituales del demandante por el término de tres meses, conforme a lo previsto en el artículo 54.1 de la misma. Resolución que anulamos en lo atinente a la adopción de la mencionada mediad cautelar, ordenando que se reponga al recurrente en todos sus derechos en la situación anterior a la adopción de la misma, en particular procediendo la Administración al reintegro de la totalidad de los haberes retraídos, acrecido con el interés legal del dinero, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.3 de la meritada ley y 518 y 453 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

Las costas se declaran de oficio.



Notifíquese a las partes la presente Sentencia, con expresión de que contra ella cabe recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este Tribunal en el plazo de treinta días conforme a lo dispuesto en los artículos 503 de la Ley Procesal Militar y 89 y siguientes de la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada a los mismos por el apartado uno de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

En la diligencia de notificación se significará a las partes que, con arreglo a cuanto determina el artículo 89.2.f/ de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el escrito de preparación del recurso deberán justificar, con especial referencia al caso, que concurre alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la misma Ley, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, extendida en treinta y dos folios de papel de la Administración de Justicia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ