



Órgano: **Tribunal Militar Territorial Segundo**

Ponente: **Tcol. Auditor D. Oscar Sánchez Rubio**

Procedimiento: **RCDMPS 02 04 19** – Fecha: 18/11/2020

Tipo Resolución: **Sentencia**

Resumen: Falta leve de inexactitud en el cumplimiento de las órdenes e instrucciones; art. 6.2 de la LORDFAS. Estimación Demanda. Vulneración principio contradicción

En la ciudad de Sevilla, a dieciocho de noviembre de dos mil veinte.

Visto ante la expresada Sala de este Tribunal el Recurso Contencioso Disciplinario Militar Preferente y Sumario Núm. 2/04/19, promovido por el Capitán D. Ernesto, quien ha comparecido representado por el Letrado D. José Vicente Moreno Sánchez, siendo parte, además del recurrente, el Abogado del Estado en representación de la Administración demandada, de conformidad con el artículo 551 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Fiscal Jurídico Militar, actuando como ponente el **Teniente Coronel Auditor D. ÓSCAR SÁNCHEZ RUBIO**, quien previa deliberación y votación, sin celebración de vista, conforme prevé el artículo 518 de la Ley Procesal Militar, sustituida que ha sido por el trámite de conclusiones sucintas que determina el art. 489 de la citada Ley Procesal, expresa la decisión del tribunal y pronuncia la presente sentencia en nombre de S.M. EL REY, amparado en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurrente impugna en este recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario la Resolución del Sr. Coronel Jefe del nn, desestimatoria del recurso de alzada en su momento impuesto y que confirma la sanción de SIETE DE SANCIÓN ECONÓMICA impuesta por el Teniente Coronel Jefe nn, al considerarle autor de la falta leve de “ Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores en la estructura orgánica u operativa, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento”, prevista en el apartado 2 del



artículo 6 de la Ley Orgánica 8/14, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, resolución que fue notificada con fecha 30 de octubre de 2019.

SEGUNDO.- Los hechos objeto de sanción disciplinaria aparecen descritos tanto en la resolución sancionadora de 11 de septiembre de 2019, Hecho Cuarto, como en la Resolución, de la que no consta fecha, resolutoria del Recurso de Alzada, donde se indica, básicamente, que *“el pasado 22 de julio el Capitán D. Ernesto, como Jefe del nn, tenía la responsabilidad de preparar, organizar y montar la comida de nn, actividad que había sido ordenada por el Coronel Jefe del nn, y recogida en el programa de actividades de la Unidad con mucha antelación. Dicha actividad se le asignó al disponer en el Escuadrón bajo su mando de la Sección de Abastecimiento, subunidad diseñada para confeccionar y distribuir alimentos al nn. Asimismo, disponía del personal y medios del Escuadrón bajo su mando, así como del personal asignado de otros Escuadrones en caso necesario, medios que en su conjunto eran más que suficientes para realizar dicho cometido. El Capitán D. Ernesto no manifestó ninguna consideración ni objeción en el momento de su asignación de este cometido, ni durante el proceso planeamiento, ni ejecución en relación a si puede considerar el mismo una orden de servicio. Si bien, realizó una serie de gestiones previas para la planificación de la actividad, esta se realizó de forma incompleta y de manera extemporánea, ya que las instrucciones al personal de su Unidad que las tenía que ejecutar se las proporcionó el día anterior por la noche. Asimismo la asignación de recursos personales fue insuficiente como le fue advertido por el personal que las tenía que ejecutar, ignorando su asesoramiento..no adelantó acciones a los días previos, ni priorizó adecuadamente la asignación de personal, ..Por lo tanto, la falta de una gestión eficaz del tiempo disponible, unido a una deficiente planificación y peor asignación de los recursos personales tuvo como consecuencia que la Comida de Hermandad no estuviera preparada a la hora establecida según las instrucciones recibidas del Tcol Jefe del nn, afectando al prestigio de la Unidad”*.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, el actor formuló demanda en la que solicita la nulidad de las resoluciones sancionadoras por considerar: se le ha causado indefensión al vulnerarse principio de contradicción por no estar presente en la declaración de los testigos propuestos, por no admitir testifical solicitada, que que el sancionado no ha cometido ninguna falta incardinable en el artículo 6.2 de la LORDFAS con infracción del artículo 25.1 de nuestra Carta Magna, por infracción del principio tipicidad, que lo ordenado no era un acto de servicio, que fue felicitado por el Jefe de la Unidad y subsidiariamente anulabilidad de la sanción.

CUARTO.- Contestando a la demanda, el Abogado del Estado interesa se dicte sentencia desestimatoria del recurso, al considerar que no se ha producido indefensión ni se ha vulnerado el principio de tipicidad, por lo que considera ajustada a derecho la resolución impugnada.

QUINTO.- En el mismo trámite de contestación a la demanda, el Fiscal Jurídico Militar interesa una sentencia desestimatoria por entender que no se ha producido indefensión ni se ha vulnerado el principio de tipicidad, por lo que considera ajustada a derecho la resolución



impugnada.

SEXTO.- Por la parte demandante se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado toda la prueba propuesta, que fue declarada pertinente, con el resultado que consta en las actuaciones.

SÉPTIMO: En el trámite de conclusiones las partes reiteraron sus pretensiones en el sentido antes expresado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- No han quedado probados los hechos objeto de sanción.

MOTIVACIÓN

La convicción de que los hechos han acaecido en la forma expresada resulta del contenido del expediente sancionador unido a las actuaciones y de la prueba testifical practicada por este Tribunal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Competencia. El presente asunto compete por razón de su objeto a la Jurisdicción Militar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley Procesal Militar, a cuyo tenor *“la Jurisdicción Militar en materia contencioso disciplinaria-militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos recurribles de las Autoridades y Mandos Militares sancionadores dictados en aplicación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”* (y sucesivas Leyes Orgánicas 8/1998 y 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, así como la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que sustituyen a la anterior); asimismo es competente conforme al artículo 17 de la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que textualmente dispone: *“Corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar.”*



De acuerdo con el artículo 451 de la Ley Procesal Militar, y el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 4/1987, corresponde a este Tribunal conocer del presente asunto, por encontrarse ubicado dentro de su territorio el Mando que impuso la sanción, y hallarse destinado y domiciliado el demandante dentro del mismo ámbito territorial, no siendo el asunto de la competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni del Tribunal Militar Central.

SEGUNDO.- Capacidad.- El demandante tiene capacidad procesal para comparecer ante esta jurisdicción, encontrándose legitimado para interponer la presente demanda, pudiendo comparecer por sí mismo, asistido o no, de Letrado, de conformidad con los artículos 458, 459 y 463, todos ellos de la Ley Procesal Militar.

TERCERO.- Procedimiento.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 453.3 de la Ley Procesal Militar, en relación con el artículo 518 del mismo Cuerpo Legal, el acto recurrido es susceptible de recurso contencioso- disciplinario preferente y sumario al tratarse de actos sancionadores que pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución.

CUARTO.- En la demanda, el recurrente considera que el procedimiento sancionador adolece de falta de garantías y se le ha ocasionado indefensión, que se ha vulnerado su derecho a la defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución, así como el principio de legalidad del art. 25 CE.

Cifra el recurrente la nulidad de actuaciones al considerar que no ha estado presente en la práctica de la testifical propuesta y admitida en parte, por lo que se le produjo vulneración del derecho a la defensa.

Al folio 5-7 del expediente sancionador consta declaración del expedientado en la que interesa la toma de declaración de numerosa testifical para acreditar que organizó correctamente la Comida de Hermandad, realizó reuniones periódicas y previas con este fin y asignó el material y personal adecuado, realizando numerosas gestiones y peticiones y que impartió numerosas instrucciones y órdenes al personal bajo su mando para el correcto desarrollo del servicio encomendado.

No consta en el expediente Resolución alguna inadmitiendo la testifical propuesta ni los motivos de su inadmisión. Consta toma de claración de dos Testigos propuestos por el expedientado en las cuales no está presente el expedientado proponente sin que conste los motivos de su incomparecencia.

Concurre la nulidad alegada. En efecto, la STS Sala V de 18 de enero de 2017, y en relación con el art. 46. 2 de la LO 12/07, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil establece



establece expresamente que " *La práctica de las pruebas admitidas, así como las acordadas de oficio, se notificará previamente al interesado, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, indicándole el lugar la fecha y la hora en que deba realizarse, y se le advertirá de que puede asistir a ella e intervenir en la misma asistido de su abogado* ". Y el párrafo 4º de dicho precepto insiste en que " *Las pruebas que se practiquen durante la tramitación del expediente, se llevarán a cabo, en todo caso, respetando el principio de inmediatez y el derecho del interesado de asistir a las mismas* ".

Dichas prescripciones no son sino expresa concreción de las exigencias del principio de contradicción, que la propia Ley enuncia como uno de los principios a los que debe ajustarse el procedimiento sancionador, junto con los de legalidad, impulso de oficio, imparcialidad, celeridad, eficacia, publicidad, retroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, individualización de las sanciones y culpabilidad (artículo 38 de la citada ley).

Y el art. 41.2 de la LORDFAS, redactado en iguales términos que el art. 38 LORDGC, también recoge la exigencia, entre otros derechos, de necesidad del principio de contradicción. La índole contradictoria de la instrucción del expediente disciplinario, introducida en las Disposiciones Generales del procedimiento sancionador, arts. 41 a 45 LORDFAS, no es una exigencia meramente retórica, pues su observancia afecta a la validez de las pruebas, como destaca la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, además de la señalada Sentencia de 18 de enero de 2017, por las SSTs de 18 y 28 de junio de 2013 , 2 de junio de 2014 y 10 de abril de 2018).

Señala dicha doctrina cómo la regulación legal establece el carácter contradictorio de cuantas diligencias de prueba se practiquen en el expediente, ya se acuerden de oficio o a instancia de parte y antes o después de formularse el pliego de cargos, en observancia del art. 38 y concordantes de la LORDGC, lo que condiciona la validez y eficacia incriminatoria de las pruebas practicadas sin cumplir los requisitos establecidos legalmente de previa notificación al expedientado y respeto de su derecho de asistencia a las mismas, al privar a éste de la posibilidad de contradicción expresamente prevista por la norma disciplinaria y situarle en una posición de desigualdad que vulnera sus derechos de defensa.

Así, la STS de 18 de enero de 2017 estima que la omisión de la notificación al expedientado para que pueda asistir a la práctica de las pruebas testificales no supone una mera irregularidad formal en los casos en que la imputación se base exclusivamente en dicha prueba, pues priva a aquél de una posibilidad real de defensa al no haber podido formular a quien dio el parte, y al resto de los testigos, las preguntas que hubiera estimado oportunas o las aclaraciones que hubiera considerado convenientes. Por su parte, la STS de 10 de abril de 2018 , con cita de otras anteriores, aplica dicha doctrina a la ratificación del parte disciplinario y concluye con carácter general que la exigencia que estudiamos implica que las pruebas de cargo incriminatorias sobre las que se asiente el reproche disciplinario han de producirse en el curso del expediente o ratificarse en él, ofreciendo la posibilidad al expedientado de que intervenga en su práctica.

SEGUNDO.- Estamos ante un procedimiento sancionador, que si bien está aligerado de trámites, predica de las garantías esenciales que dimanan de nuestra Carta Magna (Sentencias



de la Sala 5ª, de lo Militar, del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 , 22 de febrero de 1996, de 27 de septiembre de 2004 , 27 de enero , 25 de mayo y 19 de junio de 2006).

Y si bien el procedimiento oral legalmente establecido para las Fuerzas Armadas para la corrección de las faltas disciplinarias leves debe ser rápido, escueto y sumario, con concentración de actos, puesto que se trata de reponer de manera inmediata la disciplina alterada por determinada acción u omisión (STS Sala V de 19 de enero y de 20 de febrero de 2006), el restablecimiento de la disciplina deberá siempre hacerse con respeto pleno e íntegro de las garantías del presunto infractor.

En este sentido, es preciso reseñar que el derecho constitucional a la presunción de inocencia que recoge el art. 24.2 CE, impone a la autoridad disciplinaria la probanza del hecho, con carácter previo al ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria. El derecho a la presunción de inocencia se conculca cuando no existe una "actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de todas las garantía constitucionales y procesales que la legitimen. Como dice la jurisprudencia, Sentencia Sala 5ª, de lo Militar, del Tribunal Supremo, de 24 de abril y 20 de junio de 2017: *"el derecho a la presunción de inocencia reconocido a todos en el artículo 24.2 de la Constitución implica la instauración, en el comienzo del proceso, de una verdad interina de inocencia que, por su naturaleza de "iuris tantum", puede ser desvirtuada por la prueba que se practique ante el juzgador, siempre que la misma sea constitucionalmente legítima y tenga sentido de cargo, pues la proclamación del citado derecho, al más alto nivel normativo, no desapodera a los tribunales de la facultad de valorar libremente y en conciencia la actividad probatoria ante ellos desarrollada"*; y añadiéndose que *"es doctrina reiterada de esta Sala (TS, Sala de lo Militar), en línea con lo dicho tanto por el TC como por la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo, la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento jurídico sancionador, es ante todo y como tal ha de subrayarse un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare por la autoridad sancionadora y en su caso por el tribunal sentenciador, siendo solo admisible y lícita esta sanción cuando haya mediado una actividad probatoria, que practicada con la observancia de las garantías procesales vigentes pueda entenderse de cargo"*.

Y la STS Sala V, de 21 de mayo de 2019 estima que hemos de precisar que la invalidez y falta de eficacia de determinadas pruebas practicadas en el expediente no provoca necesariamente la nulidad de éste, ni la de la resolución sancionadora, si existen otra u otras pruebas de cargo regularmente practicadas y legítimamente obtenidas que han servido para desvirtuar el derecho de presunción de inocencia que asiste al encartado. Por lo que habrá siempre que tener en cuenta si la prueba invalidada constituye la única base probatoria de cargo acreditativa del comportamiento reprochado en el que se basó la resolución, pues será por tanto y en definitiva la ausencia de prueba incriminatoria lo que acarreará la nulidad de la sanción al no desvirtuarse por la Administración el derecho a la presunción de inocencia del expedientado y carecer de substrato fáctico acreditado la infracción apreciada.

Eso es lo que sucede exactamente en el caso enjuiciado, en el que toda la prueba de cargo es nula por infracción del derecho de defensa y de la regla de la contradicción, que en definitiva conduce a que las pruebas de cargo incriminatorias sobre las que se asiente el reproche



disciplinario han de producirse en el curso del expediente o ratificarse en él ofreciendo la posibilidad al expedientado de que intervenga en su práctica.

Desde las precedentes consideraciones, y teniendo en cuenta que el mando sancionador, conforme al tipo disciplinario que aplica, pone el foco de atención en el hecho de un inexacto cumplimiento por parte del sancionado de la preparación de la comida de Hermandad, no constando parte alguno pues ha sido la propia Autoridad con competencia sancionadora quien de oficio inició expediente disciplinario, recayendo en dicha Autoridad la instrucción y resolución del expediente sancionador, sin que se haya motivado las razones para denegar la testifical de descargo y practicar prueba que avale lo establecido en el relato de hechos de la Resolución sancionadora, y, por lo tanto, establecido en ello el epicentro del reproche disciplinario, la problemática tiene que centrarse en si existe o no prueba de cargo que, pueda considerarse que destruye la presunción de inocencia que asiste al encartado, habida cuenta que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere, a la par, certeza de los hechos imputados mediante prueba de cargo y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos, toda vez que el artículo 24.2 de la Constitución, rechaza, en línea con lo ya comentado, tanto la responsabilidad presunta y objetiva, como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción.

Al proceder de este modo el instructor, se conculcó abiertamente el art. 41 LORDFAS, afectándose así la validez y eficacia incriminatoria de las pruebas testificales practicadas sin cumplir los requisitos establecidos legalmente de previa notificación al expedientado y respeto de su derecho de asistencia a las mismas, al privar a éste de la posibilidad de contradicción expresamente prevista, como hemos visto, por la norma disciplinaria y situarle en una posición de desigualdad que vulnera su derecho de defensa.

Pues bien, en el presente caso, no cabe sino corroborar el parecer del Tribunal de instancia, de que la omisión por la instructora de la notificación al expedientado para que pudiera asistir a la práctica de las pruebas testificales privó a éste una posibilidad real de defensa al no haber podido formular a quien dio el parte, y al resto de los testigos, las preguntas que hubiera estimado oportunas o las aclaraciones que hubiera considerado convenientes, siendo así que la imputación del tipo disciplinario se basó exclusivamente en dicha prueba.

Así las cosas, hemos de confirmar la indefensión sufrida por el encartado en la tramitación del procedimiento sancionador y denunciada por éste, con vulneración de su derecho fundamental a la defensa constitucionalmente reconocido.

Procede, en consecuencia, la estimación del presente recurso.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS



Que debemos Estimar y Estimamos el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario número 2/04/19, interpuesto por el Capitán D. Ernesto contra la Resolución del Sr. Coronel Jefe del nn, desestimatoria del recurso de alzada en su momento impuesto y que confirma la sanción de SIETE DE SANCIÓN ECONÓMICA impuesta por el Teniente Coronel Jefe nn, al considerarle autor de la falta leve de “ Inexactitud en el cumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores en la estructura orgánica u operativa, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento”, prevista en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica 8/14, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles del derecho a interponer contra ella recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, preparándolo mediante escrito presentado ante este Tribunal sentenciador en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 503 de la LPM y en la forma prevenida en el artículo 89 y demás preceptos contenidos en la sección 3ª capítulo III, título IV de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

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.

Una vez firme, la presente Sentencia se publicará en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa y se comunicará a la Administración sancionadora para que lleve a puro y debido efecto la ejecución de lo acordado, a cuyo fin deberá hacer desaparecer de la documentación militar de la recurrente toda mención derivada de las referidas resoluciones sancionadoras

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.