

CD 203/16

Guardia Civil don JOSÉ CASTAÑO NAVARRO

SENTENCIA NÚM _____.

Excmos. Sres.

Auditor Presidente
General Consejero Togado
D. RAFAEL EDUARDO MATAMOROS MARTÍNEZ
Vocal Togado
General Auditor
D. CARLOS MELÓN MUÑOZ
Vocal Militar
General de Brigada de la Guardia Civil
D. FRANCISCO ESTEBAN PÉREZ

EN NOMBRE DEL REY

La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, con la composición que al margen se expresa y en ejercicio de la potestad jurisdiccional emanada de la Constitución, Española, dicta la siguiente

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Visto el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO número 203/16, interpuesto por el Guardia Civil don, con DNI número y destino en la IVª Zona de la Guardia Civil (Andalucía), Grupo Cinológico de la Comandancia de Huelva, en el que han sido partes el actor, que actúa por sí mismo, y la Administración sancionadora, representada por la Abogacía del Estado, el Tribunal Militar Central dicta la presente sentencia siendo Ponente el General Auditor don CARLOS MELÓN MUÑOZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El recurrente impugna en el presente proceso la resolución del Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil de fecha 13 de octubre de 2016, que agotó la vía administrativa al confirmar en alzada el acuerdo del Excmo. Sr. General Jefe de la IVª Zona (Andalucía) de 07 de julio del mismo año, que le impuso la sanción disciplinaria de PÉRDIDA DE QUINCE DÍAS DE HABERES CON SUSPENSIÓN DE FUNCIONES como autor de una falta grave consistente en "no comparecer a prestar un servicio", prevista y sancionada en los

artículos 8, apartado 10, y 11.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LORDGC).

SEGUNDO.- El recurso se interpuso por escrito registrado en este Tribunal el día 22 de noviembre de 2016, procediéndose mediante diligencia de ordenación del siguiente día 24 a la designación de vocal ponente y a la reclamación del expediente disciplinario, recibido con fecha 07 de diciembre del mismo año.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso mediante diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2016, el actor formuló demanda con fecha 15 de febrero de 2017 en la que achaca a las resoluciones impugnadas vulneración de sus derechos a la presunción de inocencia y a la defensa, del principio de legalidad y de las normas reguladoras de la proporcionalidad y graduación de las sanciones, suplicando la declaración de la nulidad radical de aquéllas por contrarias a Derecho e interesando con carácter subsidiario la degradación de la calificación de los hechos y la aplicación a los mismos de la sanción mínima establecida para las faltas leves.

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 30 de marzo de 2017.

QUINTO.- Recibido el proceso a prueba por Decreto del Secretario Relator de 06 de abril de 2017, por Auto de 21 de junio siguiente se acordó admitir la documental y testifical propuesta por la demandante, que se ha practicado con el resultado que obra en autos, en la correspondiente pieza separada de prueba.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 09 de octubre de 2017 confirió a las partes trámite de conclusiones sucintas por plazo común de diez días, evacuado por el demandante y la Abogacía del Estado mediante sendos escritos de fecha 03 y 15 de noviembre del año en curso, en los que reiteraron sus respectivas pretensiones.

SÉPTIMO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista y no siendo ésta necesaria a juicio del Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día de hoy, en que se ha celebrado dicho acto con el resultado que a continuación se expresa.

HECHOS PROBADOS

Se declaran expresamente probado, a la vista del expediente disciplinario nº FG 085/16 incorporado a las actuaciones y de la prueba practicada en autos, los siguientes:

PRIMERO.- Las resoluciones recurridas declararon probados los siguientes hechos:

«Que el día 21-01-16 a las 9'31 horas, el Guardia Civil con destino en el Grupo Cinológico de la Comandancia de Huelva D., nombra el alta del servicio número 2016-1-101039-52 (guardia combinada) para el día 30-01-16 en horario de 00'00 horas del día 31-01-16, al Guardia Civil con destino en la misma Unidad D. descripción del servicio "PUERTO" y con los siguientes cometidos:»

«-Seguridad Ciudadana – Prevención del terrorismo – otros cometidos para la prevención del terrorismo desde las 00'00 horas hasta las 06'00 horas del día 30-01-16.»

«-Seguridad Ciudadana – Prevención del terrorismo – reconocimiento instalaciones ajenas para la prevención del terrorismo en horario de 06'00 hasta las 14'00 horas del día 30-01-16.»

«-Seguridad Ciudadana – Prevención del terrorismo – otros cometidos para la prevención del terrorismo desde las 14'00 horas del día 30-01-16 hasta las 00'00 horas del día 31-01-16.»

«Que el día 30-01-16 el Sargento 1º Jefe del GEDEX de esta Comandancia D. , junto con el Guardia Civil, realizan reconocimiento en busca de explosivos en la Universidad de Huelva, realizando dicho cometido entre las 06'00 y las 08'15 horas y una vez finalizado dicho cometido regresan a la Comandancia.»

«Sobre las 08'30 y las 12'30 horas en el Muelle Sur del Puerto de Huelva, componentes de la Compañía Fiscal del Puerto establecen un control con motivo de la salida del buque Volcán del Teide con destino a las Islas Canarias, por tal motivo el Grupo Cinológico de esta Comandancia apoya referido control con dos perros (uno para la detección de sustancias psicotrópicas y el otro para explosivos). Este tipo de servicio se realiza regularmente todos los

sábados, desde al menos unos cuatro años y siempre son apoyados por el Grupo Cinológico de esta Comandancia.»

«Sobre las 11'00 horas notifican al Teniente Adjunto de la Compañía del Puerto de Huelva D., la no asistencia de uno de los guías caninos que debían prestar servicio en el control antes citado, en concreto el perro de explosivos.»

«El Teniente comprueba en el SIGO si algún componente del Grupo Cinológico tenía nombrado servicio en el Puerto de Huelva y resulta que tiene servicio nombrado el Guardia Civil. También comprueba que los servicios del Grupo Cinológico no han sido requeridos por el COS, dando resultado negativo. A continuación se pone en contacto telefónico con el Guardia Civil y le pregunta sobre el motivo por el cual no se ha personado en el Muelle y éste le responde que el día anterior había recibido instrucciones de la Comandancia a través del Sargento 1º para que fueran a la Universidad de Huelva con motivo de unos exámenes. Tras la conversación mantenida el Teniente se pone en contacto con el Sargento 1º al objeto de averiguar de quien había partido esa orden y le confirma lo que el Guardia Civil le había dicho.»

«Que el día anterior había recibido Orden del Teniente Coronel Jefe de Operaciones de la Comandancia, para que a las 06'00 horas estuvieran en la Universidad al objeto de prestar servicio con motivo de unos exámenes pero que habían regresado a la Comandancia alrededor de las 08'30 horas.»

«Al tener constancia de las horas a la que habían finalizado el servicio en la Universidad y teniendo en cuenta que el horario del control que se establece con motivo de la salida del buque Volcán del Teide es de 08'30 horas a 12'30 horas, reitera llamada telefónica al Guardia Civil y le pregunta el motivo por el que una vez finalizados sus cometidos en la Universidad, no se han desplazado al Muelle Sur a prestar el servicio que tenía nombrado en SIGO a lo que responde que se había quedado en la Comandancia porque si le avisaban de nuevo de la Universidad, motivo por el cual al parecer del Teniente no justifica la no asistencia al control que se establece en el Muelle Sur.»

«El Guardia Civil no asiste al cometido que tenía nombrado en papeleta inicialmente para dar apoyo al control que monta la Compañía Fiscal del Puerto de Huelva con motivo del embarque de pasajeros y vehículos. Pudiendo haber comparecido a dicho control ya que había finalizado el cometido en la Universidad de Huelva y no lo hizo. Sino que viendo que el Teniente requiere su presencia en el Puerto, hace que el Guardia Civil D., modifique el servicio

sobre las 13'25 horas en lo referente a la descripción del mismo, poniendo lo siguiente: *“RECONOCIMIENTO CON GEDEX EN LA UNIVERSIDAD DE HUELVA”*.

SEGUNDO.- De la valoración conjunta de lo actuado en el expediente disciplinario y de la prueba practicada en autos se desprenden los siguientes hechos, que se declaran expresamente probados:

1º) El día anterior al previsto para iniciar en el puerto de Málaga la prestación del servicio originariamente nombrado, el recurrente recibió del Teniente Coronel jefe de operaciones de la Comandancia de Huelva la orden, transmitida por el Sargento primero don, destinado en el Grupo de Especialistas en Desactivación de Explosivos de la citada Comandancia, de prestar un servicio distinto del anteriormente nombrado, consistente en inspeccionar con un perro detector de explosivos las instalaciones de la Universidad de Huelva, donde los días 30 y 31 de enero de 2016 se celebraron unos exámenes convocados por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

2º) El mismo día 29 de enero de 2016, el Guardia llamó por teléfono al Guardia don, destinado como el recurrente en la Unidad Cinológica de la Comandancia de Huelva, más antiguo que él y que también tenía nombrado servicio en el puerto, para poner en su conocimiento dicha circunstancia y pedirle que modificara el servicio asignado en el Sistema Integrado de Gestión Operativa SIGO, acción para la que el recurrente no estaba habilitado, y que comunicase al Suboficial de servicio en el puerto de Huelva que no podría acudir a desempeñar el servicio originariamente designado, cosa que hizo el Guardia a la mañana siguiente.

3º) Tras finalizar la prestación de su servicio en el puerto, el Guardia procedió a modificar en el sistema SIGO el servicio encomendado al demandante, cosa que llevó a cabo a las 13:19 horas de dicho día por no haber tenido ocasión para hacerla antes.

4º) De este modo, el nuevo servicio asignado al Guardia pasó a definirse como *“reconocimiento con el GEDEX en la Universidad de Huelva”*, con una duración que abarcaba desde las 00:00 horas del día 30 de enero de 2016 hasta igual hora del día siguiente, y fue el que realmente desarrolló el recurrente., que tras reconocer con un perro detector de explosivos las instalaciones de la citada Universidad el día 30 de enero de 2016 se dirigió a la sede de la Comandancia de la Guardia Civil de Huelva y permaneció en ella, como exigía el

correcto cumplimiento del servicio que tenía nombrado, por si era nuevamente requerido para llevar a cabo alguna nueva acción concreta de ejecución del mismo.

TERCERO.- No existe prueba alguna de que el recurrente, al solicitar al Guardia de su mismo destino don la modificación en el sistema SIGO del reflejo del servicio originariamente nombrado por el del realmente ejecutado, tuviera otra mira que la de hacer constar en dicho sistema la realidad del servicio realmente desempeñado.

MOTIVACIÓN

La convicción de que los hechos han acaecido en la forma expresada resulta claramente del expediente sancionador FG 085/16 incorporado a las actuaciones y de la prueba practicada en autos, conforme al siguiente detalle:

I) La existencia del servicio que originariamente tenía nombrado el recurrente, que debía prestarse en el puerto de Huelva, así como el designado con carácter sobrevenido por orden del Teniente Coronel jefe de operaciones de la Comandancia de Huelva, resultan de los documentos unidas a los folios 42 a 46 y 67 a 71 del expediente disciplinario, así como de las declaraciones del Guardia Civil don, que nombró el primer servicio, del Sargento primero don, que transmitió al demandante la orden por la que dicho servicio venía a ser sustituido por el que en definitiva desempeñó el Guardia, y del Teniente que en su día emitió el parte disciplinario, en el que no se pone en duda el nombramiento del servicio prestado por el recurrente en la Universidad de Huelva. Véanse folios 06 y 62 a 65 del expediente disciplinario.

II) Los sucesos recogidos en los apartados SEGUNDO Y TERCERO de la declaración de hechos probados resultan esencialmente del informe emitido por el Guardia don , unido al folio 75 del expediente disciplinario, y de la declaración prestada por éste en la fase probatoria del proceso, de donde resulta claramente que el día anterior a aquél en que tenía nombrado servicio en el puerto de Huelva el recurrente, tras conocer el nombramiento de un servicio distinto, hizo todo lo posible para comunicar esta circunstancia al Grupo Cinológico de su destino, al Suboficial de la Compañía Fiscal de servicio en el puerto y para lograr que en el sistema SIGO se reflejase el nuevo nombramiento y las características del servicio que realmente iba a prestar. Por lo que no puede serle imputable la circunstancia de que la

modificación del servicio en el sistema SIGO se hiciera en el momento en que se hizo por el Guardia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tiene razón el demandante cuando alega que los hechos objeto de sanción son atípicos, por lo que las resoluciones impugnadas vulneran el artículo 25.1 de la Constitución, que reconoce los principios de legalidad y tipicidad.

l) Dejando al margen los elementos que integran el tipo disciplinario consistente en la incomparecencia a la prestación de un servicio y la tripe calificación jurídica que el mismo puede merecer en el texto de LORDGC, cuestiones sobradamente conocidas que pueden verse recientemente reflejadas en la STS de 12 de julio de 2016, es incuestionable que el primer elemento que exige la perfección de dicho tipo, junto a la condición de Guardia Civil del sujeto activo, es **la existencia de un servicio debidamente** nombrado cuya prestación sea exigible al recurrente.

a) En el caso de autos, nos encontramos ante una **modificación del servicio** originariamente nombrado, producida por vía telefónica **por razones de urgencia** y comunicada al recurrente el día antes de aquél en que debía comenzar la prestación del servicio originario, debiendo destacarse a este respecto que las modificaciones de los servicios previamente nombrados con arreglo a la planificación reglamentaria es una eventualidad plenamente acorde con la regulación reglamentaria contenida en la Orden General número 11, de la Dirección General de la Guardia Civil, dada en Madrid a 23 de diciembre de 2014, por la que se determinan los regímenes de prestación del servicio, y la jornada y horario del personal de la Guardia Civil. Su artículo 10 dispone que de acuerdo con la planificación de los servicios establecida, los jefes de unidad o centro nombrarán el servicio que deba prestarse diariamente, dándolo a conocer a las catorce horas de los dos días anteriores al que deba prestarse, empleando un medio que garantice su conocimiento por el personal afectado; añadiendo que cuando por necesidades del servicio sea necesario modificar el horario de inicio o finalización de un servicio nombrado para una fecha concreta y ya dado a conocer, tal modificación se reflejará y motivará a través del módulo de gestión del servicio, y será comunicada a los afectados a la mayor brevedad posible.

En relación con ello, dispone el artículo 3.b) de la citada Orden que por necesidades del servicio han de entenderse las determinadas por hechos o circunstancias que exigen la

adopción de medidas justificadas de actuación para satisfacer una demanda del servicio, que pueden provenir de situaciones repentinas e imprevistas o de acontecimientos que, aun estando previstos y planificados, sufren alteraciones que demandan la adopción de tales medidas. Añadiendo que las medidas que tengan que adoptarse para atenderlas deberán estar sometidas a los criterios de oportunidad, proporcionalidad y excepcionalidad, de modo que sólo se altere la planificación establecida cuando no sea posible afrontarlas con los medios disponibles.

Tal es lo acontecido en el caso a la vista, en que el Teniente Coronel jefe de operaciones recibió un oficio fechado el 28 de enero de 2016, en el que el jefe provincial de la Unidad de Policía de la Dirección General de Interior, emergencias y protección civil de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía solicita apoyo de los guías caninos de la Guardia Civil para efectuar la previa requisita de los locales donde iban a celebrarse el día 30 de dicho mes unos exámenes oficiales.

b) Por otra parte, del examen de la citada Orden General se deduce que no es posible la **prestación simultánea por la misma persona de dos servicios con el mismo horario**, pues el nombrado finalmente al recurrente el día de autos requería su atención durante 24 horas, aunque no fuera precisa su presencia física durante todo ese tiempo. Tales servicios se califican por el artículo 6 de la Orden General de 23 de diciembre de 2014 como de prestación combinada, cuyo desempeño **combina periodos de actividad y de localización**. A lo que añade el precepto que los servicios de esta modalidad tendrán con carácter general una duración de veinticuatro horas, debiendo mediar entre dos de ellos, al menos un periodo de veinticuatro horas, que será compatible con la prestación de un servicio de actividad de hasta ocho horas, salvo que lo impidan el disfrute del descanso diario o compensatorio que pudieran corresponder.

c) No cabe, pues, compatibilidad alguna dentro de las 24 horas de duración de un servicio combinado con la prestación de otro servicio de la misma o de diferente naturaleza, aunque la misma se admita dentro del periodo que media entre la finalización del servicio combinado y el inicio de uno nuevo de la misma categoría (artículo 6.2 de la Orden General citada) y entre los periodos de localización y los de descanso diario, siempre que tengan una duración mínima de once horas consecutivas sin que se requiera la presencia física del personal (artículo 14.2 de la misma Orden) .

II) De lo anterior resulta que el único servicio cuya prestación era jurídicamente exigible al recurrente era el que realmente desempeñó en la Universidad de Huelva y que, cuando el día 30 de enero de 2016, finalizada su actividad en el Centro Docente, se dirigió a la Comandancia por si era nuevamente requerida su presencia, actuó correctamente, con arreglo a las características del servicio combinado que prestaba.

No cabe sostener, por tanto, como hacen las resoluciones sancionadoras con la única base de la personal opinión del Oficial que emitió parte disciplinario, que el Guardia debió acudir al puerto de Huelva tras finalizar su actividad en la Universidad, pues en tal caso, si hubiera sido requerida de nuevo su presencia para actuar en dicho Centro Docente junto con el equipo GEDEX , habría que concluir que **también** habría consumado la misma infracción disciplinaria apreciada por las resoluciones recurridas.

En efecto, en caso de admitirse la teoría que sustenta la Administración sancionadora, basada en la compatibilidad de dos servicios simultáneos, se llegaría al absurdo de que los actos debidos de prestación de uno de ellos integrarían ausencia, incomparecencia o desatención del otro, y viceversa.

SEGUNDO.- Es patente, pues, a la vista del artículo 494, párrafo segundo, de la Ley Procesal Militar, la procedencia de dictar sentencia estimatoria del presente recurso, lo que releva al Tribunal de entrar en la consideración de las restantes alegaciones del demandante.

Por todo lo cual, vistos los preceptos citados y demás normas de aplicación al caso,

FALLAMOS

I) Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el RECURSO CONTENCIOSO DISCIPLINARIO MILITAR ORDINARIO número 203/16, interpuesto por el Guardia Civil don contra la resolución del Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil de fecha 13 de octubre de 2016, que agotó la vía administrativa al confirmar en alzada el acuerdo del Excmo. Sr. General Jefe de la IVª Zona (Andalucía) de 07 de julio del mismo año, que le impuso la sanción disciplinaria de PÉRDIDA DE QUINCE DÍAS DE HABERES CON SUSPENSIÓN DE FUNCIONES como autor de una falta grave consistente en "no comparecer a prestar un servicio", prevista en el apartado 10 del artículo 8 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la

Guardia Civil. Resoluciones ambas que revocamos por resultar contrarias a Derecho, al ser atípicos los hechos que sancionaron.

II) II) De la documentación militar del demandante deberá desaparecer toda mención relativa a dicha sanción.

Por los órganos competentes de la Guardia Civil se procederá a abonar al recurrente el importe de las retribuciones dejadas de percibir como consecuencia de la ejecución de sanción anulada, con el interés legal desde el día de la ejecución de dicha sanción hasta la fecha del efectivo reintegro.

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 el acto de la 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, la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, de acuerdo con 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 diez folios de papel de la Administración de Justicia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha que se indica en el encabezamiento.