

Roj: **STS 1065/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1065**Id Cendoj: **28079150012015100042**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/03/2015**Nº de Recurso: **19/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR.**Ponente: **JAVIER JULIANI HERNAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario nº 205/19/2014, que pende ante esta Sala, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Albi Murcia, en nombre y representación de Don Casimiro , y asistido del Letrado Don José María Díaz del Cuvillo, habiendo sido parte recurrida el Abogado del Estado y el Fiscal Togado en la representación que ostentan, han concurrido a dictar sentencia los Excmos. Sres. Magistrados antes referenciados bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Javier Juliani Hernan quién expresa el parecer de la Sala, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por resolución de fecha 26 de marzo de 2012, el Director General de la Guardia Civil, acordó imponer al Cabo Primero de la Guardia Civil Don Casimiro , la sanción disciplinaria de cinco años de suspensión de empleo, en virtud del Expediente Disciplinario nº NUM000 , como autor de una falta muy grave consistente en "Desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades", prevista en el artículo 7.18 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , resolución recurrida en alzada y estimada parcialmente por resolución del Ministro de Defensa de fecha 16 de julio de 2012, que anulaba parcialmente la resolución del Director General de la Guardia Civil de 26 de marzo de 2012 e imponía la sanción de suspensión de empleo de seis meses y un día. Contra dicha resolución la Procuradora D^a Mercedes Albi Murcia en nombre y representación de D. Casimiro , interpuso recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario.

SEGUNDO .- Los hechos que la resolución sancionadora tuvo por acreditados son los siguientes:

«En el paraje denominado Charco de la Pava, situado en la Isla de la Cartuja (Sevilla), se viene celebrando al menos los sábados y, ocasionalmente en otras fechas, un mercadillo ambulante. En virtud de convenio celebrado entre el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla y la Asociación de Comercio Ambulante de Sevilla y Provincia (ACA), el primero cede los terrenos, estipula horarios y fechas de celebración y la segunda asume la vigilancia, seguridad, control de entradas y salidas, recogida y limpieza del lugar, control, vigilancia de los aparcamiento[s], gestión y tramitación de la documentación necesaria para instalarse en el mercadillo.

Con fecha 7 de febrero de 2009, personada en dicho lugar a las 14:45 la patrulla de tráfico integrada por los policías locales de Sevilla con carnets profesionales 1178 y 1180, advirtió que los comerciantes autorizados, que por la mañana habían estado en el mercadillo, se encontraban desalojando la zona. Siendo las 15:15 de aquel día; la misma pareja de agentes observó que en la zona se empezaban a concentrar vendedores ambulantes que empezaban a desplegar sus puestos de venta. Dado el aviso correspondiente al Intendente Jefe de servicio, se ordenó y, consecuentemente se procedió, a levantar el asentamiento, diciéndole la pareja a los manteros que no estaba permitida la venta fuera del horario y días establecidos, mostrando su extrañeza algunos de ellos, especialmente los de origen rumano, diciendo que habían pagado por instalar su puesto, señalando como las personas a las que habían pagado, a una pareja de hombres que había cerca, quienes



después de ser identificados por la Policía Local resultarían ser Don Hipolito (Guardia Civil retirado) y el expedientado, Cabo 1º de la Guardia Civil Don Casimiro, los cuales manifestaron a los agentes que estaban allí para la ordenación del mercadillo y que dependían de la ACA (Asociación de Comerciantes Ambulantes).

Aun cuando el expedientado, en aquel momento, no se identificó ante los agentes como Guardia Civil, días después de aquel 7 de febrero de 2009, con ocasión del sepelio del hijo del Subteniente del Cuerpo Don Maximo -destinado este Suboficial en la misma Unidad que el expedientado-, uno de los agentes de la Policía Local intervinientes el citado día 7 de febrero de 2009 en el mercadillo, que también concurrió al entierro, pudo ver al expedientado, al que reconoció y, dada la extrañeza que le causó su presencia en aquel lugar y entre los asistentes a aquel evento, tras indagar sobre él, le dijeron que pertenecía al Cuerpo de la Guardia Civil, concretamente al Servicio de Información, por lo que desde la policía Local de Sevilla se comunicó a sus jefes los hechos ocurridos el 7 de febrero de 2009 y referidos en el párrafo anterior, los cuales a su vez lo pusieron en conocimiento del Servicio de Información de la Guardia Civil en Sevilla.

Entre aquel 7 de febrero de 2009 y el 7 de junio de 2009, el expedientado es vigilado por agentes del servicio de información de la Comandancia de Sevilla en al menos cuatro o cinco ocasiones, observando cómo el expedientado desempeña en el mercadillo labores de control, de seguridad y de cobro de cantidades a los comerciantes que allí se instalan, para lo cual va pertrechado de una carpeta y en ocasiones de un dispositivo de comunicación Walkie- Talkie.

En sus funciones de seguridad, al expedientado se le ha visto dar el "agua" o el aviso a comerciantes que, bien por carecer de la documentación precisa, bien porque su mercancía fuera falsificada, bien por cualquier otra circunstancia, al recibir la señal recogieron precipitadamente su mercancía y desaparecieron instantes antes de que hiciera presencia la Policía Local de Sevilla, los cuales sólo pudieron intervenir la mercancía de uno de los aproximadamente 20 manteros que había instalados, hecho éste que ocurre el día 4 de abril de 2009.

Así mismo, en esas funciones de "seguridad", el expedientado se mantenía por regla general alerta y, en una de las ocasiones en las que la pareja del Servicio de Información que le vigilaba le infundió sospechas, dio las indicaciones pertinentes para que personal del mercadillo vigilaran a la pareja hasta el punto de que tuvieron que desmontar el servicio que estaban realizando.

En sus funciones de cobro, el expedientado, o bien visitaba los puestos y se dirigía a la trasera de los mismos y realizaba las transacciones pertinentes con los responsables de los citados puestos, o bien se instalaba en uno de los bares portátiles del mercadillo y era visitado por los comerciantes, los cuales procedían al pago de cantidades que a su vez eran anotadas por el expedientado en la carpeta que portaba. Las funciones de cobro llevadas a cabo en nombre de la ACA son realizadas por personas que carecen de identificación, si bien son públicamente conocidas por los comerciantes del Charco de la Pava.

El día 7 de junio de 2009, al objeto de planificar los servicios correspondientes a la jornada electoral del 7 de Junio, en la Unidad del expedientado, se solicitó personal voluntario para prestar servicios dicho día, sin que el expedientado mostrara su disposición para ello, de forma que el referido día, el Teniente Coronel de la Guardia Civil Don Teodoro, con destino en la Sección de Información de la 4ª Zona de la Guardia Civil, junto con el Comandante de esa Unidad, D. Carlos Miguel, se dirigieron al mercadillo, identificando en uno de los bares portátiles al Cabo Casimiro, junto a otros paisanos. Por espacio de 40 minutos, se estableció un seguimiento directo y visual de las actuaciones del Cabo, quien con una carpeta negra recibía a distintos comerciantes realizando continuamente anotaciones en los documentos que contenía la carpeta y recibía entregas de dinero.

Sobre las 14,00 horas y aprovechando que se había apartado del bar donde se encontraba y de las compañías que frecuentaba, el Teniente Coronel, apoyado por el Comandante, decidió abordarlo y fue requerido para que mostrara el contenido de la carpeta que portaba donde se encontró la siguiente documentación:

2 folios, conteniendo croquis de situación de la totalidad de los puestos ambulantes del mercadillo, clasificados por colores, números y letras, con indicación numérica de todos ellos, así como denominación de las calles.

2 folios conteniendo 20 recibos de 4 euros cada uno, y fechados con el día 07/06/09.

1 folio conteniendo distintas anotaciones de gestiones a realizar, así como control de cantidades abonadas por los distintos puestos, con expresión del número del puesto, mes y cantidad abonada, en su mayoría múltiplos de 4.

14 folios conteniendo tablas de control de doble entrada, con expresión de meses y número de puestos, en donde se aprecia con una X, el control de abono mensual.

21 folios conteniendo identidades de los titulares de la mayoría de los puestos ambulantes, con expresión del nombre, DNI o NIE y número de teléfono móvil.



2 folios en blanco.

1 almanaque del año 2009 de la peluquería unisex Cristina

Al ser preguntado el expedientado por el Teniente Coronel, acerca de los motivos de encontrarse en ese lugar y acerca de las actividades a las que respondía la documentación y dinero que portaba en la carpeta negra, el Cabo manifestó:

Que estaba echando una mano a la Asociación que llevaba el control del mercadillo, procediendo por su parte al cobro de una pequeña cantidad por puesto, que él mismo recaudaba, por lo cual le daban una pequeña gratificación, unos 50 ó 60 euros por día, aun cuando el importe variaba según la actividad del mercado. Que lo hacía porque necesitaba dinero extra, pues estaba un poco "cogido" con el tema de la hipoteca de la casa. Que no creía que estuviera haciendo nada malo, que no estaba trapicheando con droga ni nada.

El expedientado, ante la pregunta que le formuló el Teniente Coronel de por qué, si tenía problemas económicos, no se había ofrecido voluntario para prestar servicios en el día de las elecciones donde se gratifica al personal con 100 euros, manifestó que eso era solo por un día, y que no podía dejar "tirada" a la gente para la que trabajaba, y preguntado sobre quien era esa "gente" indicó hacia el bar donde previamente había sido localizado, señalando a una persona, de etnia gitana, quien, al percatarse de la situación, se acercó hasta donde se encontraban los oficiales, preguntando si había algún problema. En ese momento el Cabo presentó a dicha persona como Borja, de la Asociación de Comerciantes Ambulantes, comunicándole aquel que las dos personas que estaban con él eran sus jefes de la Guardia Civil: Teniente Coronel y Comandante.

Requerido por el Teniente Coronel para que acompañare a los dos Oficiales hasta la Jefatura de Zona, el Cabo 1º Casimiro se interesó por su situación en el sentido de que si iba en calidad de detenido, a lo que se le indicó en sentido negativo. Ante ello, comentó que tenía que arreglar cuentas con su jefe, refiriéndose a Borja, por lo que el Teniente Coronel le comunicó que lo hiciera allí mismo, intercediendo el mencionado Borja, en el sentido de realizar las cuentas detrás de los coches, para no llamar la atención.

Reclamada posteriormente por el Teniente Coronel la entrega de las cantidades que hasta el momento llevaba recaudadas y que debía de entregar a "su jefe", así como la carpeta con la documentación que contenía, el expedientado entregó una cantidad de 585 euros y se le citó para que compareciera en dependencias de la Unidad a las 18,00 horas y cuando los oficiales abandonaban el lugar, apareció el tal Borja reclamando un recibo por el dinero, se le informó que no tenía que confeccionarse recibo alguno para él, puesto que el dinero lo había entregado voluntariamente el Cabo 1º Casimiro y se le comunicó que por la tarde se le haría entrega al Cabo 1º del dinero y de la documentación, una vez llevado a término los trámites pertinentes.

A su vez, cuando los Oficiales procedían a abandonar el mercadillo, se presentó una persona con saludo militar identificándose como Hipolito, Guardia Civil retirado, manifestando que había habido una confusión, que se había requerido la presencia del Cabo 1º Casimiro como integrante de las FCSE, al objeto de asesoramiento a la ACA por sus conocimientos en materia de seguridad y que éste era un hecho puntual y que era el único día que el citado Cabo había prestado su colaboración en este mercadillo.

A las 18,00 horas, en las dependencias de la Sección de Información, se interesa del Cabo 1º Casimiro, si quiere exponer alguna cuestión por escrito a lo manifestado verbalmente por la mañana, a lo que manifiesta que no. Se le presentó a la firma un recibo al objeto de entregarle la documentación intervenida en la carpeta que portaba y los 585 euros y se negó a firmarlo, indicando que al poner en el recibo "Charco de la Pava" le incrimina y que no se hacía cargo de los efectos relacionados hasta que no venga su "jefe", por lo que preguntado por el Teniente Coronel si su jefe no era él (el oficial), el expedientado contesta que no, que su jefe es Borja, el representante de la ACA. A la vista de lo anterior, se hace constar en diligencia independiente el intento de devolución de los efectos, que es firmada por el el Teniente Coronel, por el Comandante y por los dos Subtenientes, negándose el expedientado a la rúbrica de aquel documento.

El dinero que no fue retirado fue remitido a la Asesoría Jurídica de la 4ª Zona, desde donde lo remitieron al Juzgado y desde donde, posteriormente, fue retirado por el representante legal de la Asociación de Comerciantes Ambulantes.

El expedientado no tiene solicitada, ni por supuesto concedida, la compatibilidad para el ejercicio de una segunda actividad, además de la de Guardia Civil».

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 3 de febrero de 2014, y con unión de testimonio del Auto de fecha 23 de enero del mismo año, dictado en el recurso 206/136/2013 declarando la competencia de esta Sala para conocer del recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario interpuesto por la Procuradora Doña Mercedes Albi Murcia en nombre y representación de D. Casimiro, se admitió dicho recurso a trámite, y se acordó reclamar el expediente sancionador al Ministerio de Defensa.



CUARTO.- Recibido el expediente gubernativo, por Diligencia de Ordenación de 21 de febrero de 2014 se concedió al recurrente el plazo de cinco días para formalizar el escrito de demanda, lo que realizó en tiempo y forma, solicitando que tras los trámites procesales de aplicación se dictara sentencia por la que estimando el recurso, se dejara sin efecto la resolución de fecha 16 de julio de 2012, por la que en vía de recurso de Alzada se anulaba parcialmente la resolución del Director General de la Guardia Civil de 26 de marzo de 2012 y se imponía la sanción de suspensión de empleo de seis meses y un día, anulando finalmente esta última; y solicitando el recibimiento a prueba.

QUINTO.- Habiéndose solicitado por el recurrente en el escrito de interposición del recurso la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 514 de la ley Procesal, se acordó oficiar a la autoridad sancionadora para que, en el plazo de cinco días emitiera el oportuno informe sobre la petición de suspensión de la sanción, verificándolo por oficio de fecha 21 de febrero de 2014, con entrada en este Tribunal el día 27 siguiente y, tras los trámites oportunos, esta Sala dictó Auto el 21 de abril de 2014 acordando no haber lugar a la suspensión de la ejecución de la sanción de separación del servicio solicitada, al haber sido esta cumplida y haber perdido su objeto la solicitud de suspensión.

SEXTO .- Por Diligencia de Ordenación de 11 de marzo de 2014 se dio traslado del escrito de demanda, con entrega del expediente administrativo, al Ilmo. Sr. Abogado del Estado por plazo de cinco días, quien evacuó en tiempo y forma escrito de contestación en el que solicita la desestimación del recurso por considerar la resolución dictada plenamente ajustada a derecho, no interesando la práctica de prueba alguna.

SÉPTIMO. - Nuevamente por Diligencia de Ordenación de 17 de marzo de 2014 se dio traslado del escrito de demanda y del escrito de contestación del Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, al Excmo Sr. Fiscal Togado por plazo de cinco días, quien evacuó en tiempo y forma escrito de contestación, solicitando la desestimación de la pretensión impugnatoria, confirmando la resolución recurrida por encontrarla conforme al ordenamiento constitucional.

OCTAVO .- Por Auto de 30 de mayo de 2014 se acordó el recibimiento a prueba otorgando el plazo de diez días para su práctica. Dicha prueba se practicó incorporándose testimonio del informe emitido por el Teniente Jefe Interino del GIGC de fecha 18 de mayo de 2009 sobre los controles operativos del Cabo 1º Casimiro , así como informe psiquiátrico emitido sobre dicho Cabo por el Teniente Coronel Médico D. Urbano , Psiquiatra destinado en la Clínica Militar en San Fernando.

NOVENO .- Por Diligencia de Ordenación de 11 de diciembre de 2014 y, finalizado el término de prueba, se declaró concluso el mismo otorgándose a las partes el plazo común de cinco días a los efectos del artículo 489 y 518 de la Ley Procesal Militar , presentando escrito el Abogado del Estado en fecha 16 de diciembre de 2014, y la Fiscalía Togada y la Procuradora Sra. Albi Murcia en fecha 23 de diciembre de 2014.

DÉCIMO. - Por Providencia de 6 de febrero de 2015 y habiendo evacuado el trámite de conclusiones todas las partes, se señala para deliberación, votación y fallo de la Sala el día 17 de febrero de 2015, a las 12:00 horas de la mañana, que se inició en dicha fecha y se concluyó el 4 de marzo siguiente, con el resultado que aquí se expresa y con arreglo a los siguientes:

SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

La Sala muestra su conformidad con los hechos que se tienen por probados en la resolución sancionadora, modificándolos únicamente en su párrafo cuarto en cuanto se dice que "...el expedientado es vigilado por agentes del servicio de información de la Comandancia de Sevilla en al menos cuatro o cinco ocasiones, ...", cuando debe decir que "...el expedientado es vigilado por agentes del servicio de información de la Comandancia de Sevilla en dos ocasiones, ...", rectificación que esta Sala introduce en razón de los testimonios prestados en el expediente por dichos agentes del servicio de información.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el presente recurso contencioso-disciplinario preferente y sumario el demandante impugna la resolución dictada por el Ministro de Defensa de fecha 16 de julio de 2012, en la que se estimaba parcialmente el recurso de alzada interpuesto por el Cabo 1º de la Guardia Civil D. Casimiro , anulando la sanción disciplinaria de suspensión de empleo, impuesta por resolución del Director General de la Guardia Civil de 26 de marzo de 2012, e imponiendo en su lugar la de seis meses y un día de suspensión de empleo, como autor de una falta muy grave de "desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades", prevista en el artículo 7.18 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de Octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil .



Como fundamento de su pretensión de que la sanción finalmente impuesta por la Autoridad disciplinaria sea anulada, el actor desarrolla su demanda formulando cuatro alegaciones principales y dos subsidiarias. Las principales son:

- 1.- Vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías de los artículos 24.1 y 2 de la Constitución , produciéndose indefensión.
- 2.- Vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución al haberse denegado los medios de prueba pertinentes para su defensa, solicitados por el sancionado, produciéndose indefensión.
- 3.- Vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución .
- 4.- Vulneración del artículo 25.1 de la Constitución y del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.

Además, en quinto lugar, el demandante alega subsidiariamente, para el supuesto de entenderse cometida la infracción, su inimputabilidad, invocando el artículo 20.1 del Código Penal , y finalmente, en sexto y último lugar, también con carácter subsidiario, la vulneración del principio de legalidad del artículo 25.1 "en su vertiente de proporcionalidad entre la entidad de la sanción y la gravedad de la conducta en cuanto se le ha impuesto la sanción de cinco años de suspensión de empleo".

SEGUNDO. - Antes de iniciar el examen de las diferentes alegaciones que se formulan en el presente recurso, conviene recordar que el recurso contencioso- disciplinario militar preferente y sumario, regulado en el artículo 518 de la Ley Procesal Militar, solo puede interponerse -como establece el párrafo tercero del artículo 453 de la referida norma - contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución , y su ámbito queda por tanto legalmente circunscrito a las cuestiones de legalidad constitucional vinculadas a la protección de los derechos fundamentales. Por ello, como hemos precisado entre otras muchas en Sentencia de 10 de noviembre de 2009 , quedan fuera de esta vía de impugnación *"las cuestiones de legalidad ordinaria, a salvo los supuestos de conexión entre unas y otras que formen el denominado "bloque de constitucionalidad", en que la decisión que deba adoptarse respecto del derecho esencial que se considera vulnerado exija el previo pronunciamiento sobre la cuestión de ordinaria legalidad, que aparezca indisolublemente unida a la anterior (nuestras Sentencias 28.06.2002 ; 27.06.2003 ; 07.07.2003 y 17.05.2004 , entre otras), lo que debe tenerse presente en los casos en que es preciso apurar el otorgamiento de la tutela judicial sin resquicios de indefensión constitucionalmente proscrita"*.

Pues bien, como antes señalamos, el demandante en su primera alegación se queja de la vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, habiéndose provocado indefensión. Sitúa el recurrente tal infracción en el nombramiento y la actuación del instructor del expediente disciplinario, que a su entender acarrea la nulidad de actuaciones, y en la nulidad de pleno derecho de la información reservada instruida con carácter previo a la tramitación del expediente sancionador.

Así, y por lo que se refiere al nombramiento del Instructor del expediente, invoca el recurrente el principio de interdicción de la arbitrariedad, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución , y aduce que resulta arbitraria y afecta al principio de igualdad que la Autoridad disciplinaria designara un Instructor que reside en Zaragoza, cuando los hechos objeto del expediente se cometieron en Sevilla. Entre otras alegaciones acude al orden penal para significar que en él, se exige no solo un juez imparcial, preconstituido por la ley, sino que además sea el del lugar de los hechos.

Sin embargo, y aunque esta Sala ha venido reiterando que las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, ha precisado también repetidamente que la traslación del ámbito penal al administrativo sancionador de dichas garantías ha de realizarse matizadamente, con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre , FJ 2). En este sentido se recuerda en esta Sentencia, por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad en la instrucción de los expedientes disciplinarios, *"que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía 'no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales' (STC 2/2003, de 16 de enero , FJ 10)", pues, 'sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo' (STC 14/1999, de 22 de febrero , FJ 4)' concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial, que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril , FJ 5)".* Así, precisaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero , que *"lo que del instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y*



103 C.E., no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, en el sentido que a este concepto hemos dado en las SSTC 234/1991, 172/1996 y 73/1997, es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal".

Y es que, respecto de la concreta cuestión que plantea aquí el recurrente -la designación de un Instructor que residía en lugar distinto a aquél en el que sucedieron los hechos-, no cabe sostener que por sí misma pueda llegar a producir la indefensión del expedientado, ni que tal circunstancia haya de generar la pretendida nulidad del procedimiento tramitado, en el que -como bien señala la Fiscalía Togada- no puede apreciarse ante esta queja irregularidad alguna. Efectivamente, en el procedimiento por faltas graves y muy graves, que se regula en la vigente Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, al referirse en el artículo 52 al nombramiento de Instructor y Secretario del procedimiento sancionador no se hace mención -como por otra parte resulta lógico- a que éstos deban estar destinados en el lugar donde se ha cometido la infracción, lo que por lo menos en lo que respecta al Instructor del expediente podría limitar en ocasiones su designación, expresándose en el referido precepto como único requisito de su nombramiento, que éste recaiga "en un Oficial General u Oficial destinado en la Guardia Civil de empleo superior o más antiguo que cualquiera de los infractores".

TERCERO. - También en esta primera alegación -en la que como antes dijimos el demandante se queja de haber sufrido indefensión-, denuncia éste la vulneración del principio de inmediación por el Instructor del expediente en el trámite de audiencia al acordar su práctica por escrito. Nos dice el recurrente que la resolución sancionadora niega la vulneración del principio de inmediación argumentando que fue el expedientado el que no se presentó, "cuando se ha señalado y consta al folio 150 del expediente que el recurrente no se presentó por causa médica, pretendiéndose que respondiera por escrito a las preguntas que se habían formulado para tomarle declaración". Entiende el actor que éste no es el medio recogido en la ley disciplinaria para la toma de declaración al encartado; que se ha procedido a la continuación del expediente sin que conste tal declaración; y que no debería haberse seguido con la tramitación hasta que dicha declaración no se hubiera producido; invocando en definitiva la nulidad del expediente.

Efectivamente la Autoridad disciplinaria en la resolución sancionadora -ante un planteamiento similar del expedientado en sus alegaciones a la propuesta de resolución del expediente sancionador- advierte que "en relación a la indefensión aludida por el encartado, radicada en la vulneración del principio de inmediación, queda acreditado en el expediente que, personado el Instructor el día 26 de octubre a las 9:00 horas en las dependencias de la Asesoría Jurídica de la 4ª Zona de la Guardia Civil (Sevilla), al objeto de tomar declaración al expedientado, fue precisamente el Cabo 1º quien no compareció, desatendiendo la citación del Instructor, realizada en tiempo y forma y pretendiendo comparecer a través de su Abogado, extremo éste que fue aclarado por el Instructor al informarle de la imposibilidad de representación en el ámbito de expedientes disciplinarios".

Pues bien, del examen del expediente disciplinario se desprende que al serle notificada al interesado con fecha 18 de octubre de 2011 la incoación del expediente, se le citó para comparecer en las dependencias de la Asesoría Jurídica de la Zona de Andalucía el siguiente día 26 de octubre a las 9 horas, a los efectos de tomarle declaración, advirtiéndole de que posteriormente se tomaría declaración al personal relacionado con los hechos, y de que podía intervenir en las declaraciones sólo o asistido de Letrado o Guardia Civil de su elección.

Asimismo resulta de la "diligencia de constancia", que obra al folio 147 de las actuaciones, que la comparecencia del expedientado ante el Instructor no llegó a producirse, personándose en su lugar el Letrado a quien aquél había confiado su asesoramiento y asistencia. Por dicho Letrado, además de aportarse un poder general para pleitos y especial para comparecer el expediente número NUM000 de la 8ª Zona de la Guardia Civil, se hizo entrega al Instructor de dos fotocopias del diagnóstico firmado por un médico psiquiatra en el que textualmente se decía: "en relación a la necesidad de acudir a juicio de D. Casimiro, no creo adecuada médicamente su asistencia, dada la psicopatología que presente y el riesgo de empeoramiento por dicha causa".

También podemos encontrar en el expediente que, en razón de la incomparecencia del expedientado, el Instructor con fecha 26 de octubre de 2011 dictó un acuerdo, que obra a los folios 174 y 175 del expediente, en el que, en lo que aquí ahora interesa, se hace constar que "el expedientado ni ha comparecido ni se ha puesto en contacto con la Asesoría Jurídica de la 4ª Zona de Sevilla, ni con con la Zona de Aragón para comunicar su incomparecencia con antelación" y se pone de manifiesto que "la comparecencia en el seno del expediente no se desaconseja en el informe médico si no su incomparecencia a juicio (sic)". El Instructor del expediente hace también mérito en su acuerdo al artículo 56 de la Ley Orgánica 12/2007, que establece que *el instructor procederá a tomar declaración al inculpado*, como manifestación del derecho de defensa del expedientado y la posibilidad de que éste sea oído antes de adoptar la decisión de formalizar una imputación en un pliego de cargos, y decide por ello requerirle para que en el plazo concedido a contar desde el siguiente a aquél en que reciba la notificación, "manifieste lo que a su derecho convenga acerca de las preguntas que se le adjuntan



a este acuerdo", reiterando la información al interesado sobre su derecho a no declarar, no hacerlo contra sí mismo, no confesarse culpable y sobre su derecho a la presunción de inocencia.

Sin embargo, también se desprende de las actuaciones en sede administrativa que tal acuerdo no llegó a ser notificado al interesado, pese a los intentos realizados a tal efecto. Y así obra al folio 188 del expediente "diligencia de notificación", suscrita por el Sargento Jefe del Área de Prevención del Puesto Principal de Gines, de la Comandancia de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2011, en la que se identifican los "notificadores" y se hacen constar los intentos efectuados en la persona del Cabo 1º D. Casimiro, en su domicilio temporal en calle C/ DIRECCION000 NUM001 de la localidad de Espartinas, poniendo de manifiesto que la notificación no pudo llevarse a cabo el día 27/10/11, a las 9 horas, por no haber nadie en su domicilio, y a las 10:30 horas, por rehusar su esposa hacerse cargo de la misma; y el siguiente día 28/10/11, a las 15:30 horas, también por rehusar su esposa hacerse cargo de la notificación. Queda también constancia de la conversación telefónica habida el 29/10/11, a las 12:30 horas, en la que el Cabo 1º manifestó "que asesorado por su abogado rehúsa recoger cualquier tipo de citación".

Así las cosas, y frustrada la notificación del mencionado acuerdo, el Instructor, con fecha 31 de octubre de 2011 y sin haber llegado a oír al expedientado, formula el pliego cargos, que es notificado finalmente al interesado el 7 de noviembre de 2011, al personarse éste en el Puesto de Gines, tras los intentos de notificación del pliego de cargos que se practicaron también sin éxito los días 4, 5 y 6 del mismo mes, según se desprende del escrito del Teniente Comandante del Puesto de Gines y la diligencia de notificación que le acompaña (folios 212 y 213 del expediente).

Al formular alegaciones al pliego de cargos, con fecha 18 de noviembre de 2011, el expedientado además de exponer las razones por las que mostraba su disconformidad con los hechos, la calificación jurídica y las posibles sanciones que se contienen en dicho pliego de cargos, se quejó de la indefensión sufrida al no haber podido estar presente en las testificales practicadas, pero sin hacer referencia alguna a que la falta de comparecencia personal ante el Instructor también le hubiera ocasionado indefensión, que sí denunció ante la Autoridad disciplinaria al formular alegaciones ante la propuesta de resolución del Instructor.

Pues bien, por lo que respecta a inmediatez en la valoración de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, ya advertía el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/2003, de 16 de enero, que *"en éste no se proyecta una de las garantías esenciales del derecho al proceso justo y a la presunción de inocencia en el ámbito penal (por todas STC 167/2002, de 18 de septiembre [RTC 2002/167]), esto es, que la valoración de la prueba ha de efectuarse en condiciones de oralidad, publicidad e inmediatez y que la declaración de responsabilidad penal y la imposición de una sanción de este carácter sólo puede sustentarse en pruebas valoradas de dichas condiciones"*, significando que estas diferencias no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. En igual sentido señalábamos en Sentencia de 13 de marzo de 2006 que este principio de inmediatez en la práctica de la prueba, básico en la Jurisdicción Penal, y más concretamente en ella en el desarrollo de la vista oral, no muestra la misma intensidad en el ámbito administrativo sancionador. Ello además cuando resulta necesario para que exista indefensión material, con relevancia constitucional, como tiene también reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, que concurra un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa, y como ha señalado en su reciente Sentencia 42/2011, de 11 de abril, *"este Tribunal ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el art. 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquélla que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material (por todas, SSTC 15/2005, de 31 de enero, FJ 2; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 6)"*.

Y es que, en lo relativo a la posible indefensión del encartado, a la que en definitiva liga el demandante la infracción alegada, entiende la Sala que la posible relevancia de la inmediatez del instructor en la práctica de las pruebas podría si acaso mostrarse en la percepción de las declaraciones de los testigos de cargo o de descargo que puedan deponer en las actuaciones, pero no necesariamente en la declaración del expedientado, si éste no se encuentra en condiciones de efectuarla o si muestra su rechazo a prestarla.

En el presente caso, al margen de que estuviera o no suficientemente justificada la incomparecencia del expedientado ante el Instructor, queda reflejado en el expediente, no ya el escaso interés del encartado en colaborar en su tramitación, sino su claro y expreso rechazo a recibir las notificaciones del Instructor y consecuentemente a hacer posible su declaración; actitud negativa que cabe enmarcar en su derecho a no hacerlo. Siendo lo cierto, además, que la irregularidad que denuncia y la indefensión que alega no la vincula el recurrente a ningún perjuicio material -específico y relevante- que hubiera podido llevar a la Autoridad sancionadora a variar su decisión. Y es que, en definitiva, y en lo que concierne al derecho fundamental invocado, no cabe colegir de las actuaciones realizadas en sede administrativa que el expedientado haya sido privado de su derecho a defenderse eficazmente de los hechos que se le imputaban, tanto en sus alegaciones al



pliego de cargos, como en las efectuadas a la propuesta de resolución y en el recurso de alzada, manifestando allí cuanto en su interés ha considerado oportuno.

CUARTO. - Termina su primera alegación el recurrente -en la que recordemos que invocaba la vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías- solicitando la nulidad de pleno derecho de la información reservada que se practicó con anterioridad al expediente y señalando que en ella no existió contradicción, ni audiencia, ni posibilidad de prueba o de asistencia letrada, conforme al artículo 24.2 de la Constitución, produciéndose indefensión.

Sin embargo, el demandante olvida que esta Sala se ha venido pronunciando repetidamente sobre la naturaleza y el valor de la información reservada a que hacía referencia el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y que ahora se recoge en el artículo 39.5 de la Ley Orgánica 12/2007, en el que se dispone que "con anterioridad al acuerdo de inicio, la Autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador".

Como hemos vuelto a señalar en reciente Sentencia de 12 de noviembre de 2014, ya significábamos en Sentencia de 31 de marzo de 2003 que la información reservada a que hacía referencia la derogada Ley Disciplinaria de la Guardia Civil -y por extensión a la que se contempla en la vigente norma- tiene la misma naturaleza que la denominada "información previa", prevista en el artículo 69.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. Recordábamos a continuación -con cita de las Sentencias de esta Sala de 19 de mayo de 1998 y 11 de mayo de 2000- que no tiene carácter de procedimiento sancionador y su finalidad es únicamente realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Así, en la última de estas Sentencias se precisaba que *"no ha de olvidarse que tal información no se dirige contra persona alguna determinada, ni tiene, en principio, carácter sancionador, sino únicamente está destinada a contribuir al esclarecimiento inicial de unos hechos, y una vez efectuado dicho esclarecimiento, pueden derivarse o no responsabilidades disciplinarias que serán exigibles, en su caso, a través del correspondiente procedimiento sancionador"*.

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia 272/2006, de 25 de septiembre, al desestimar el recurso de amparo interpuesto contra la indicada Sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2003, reiteraba que la información reservada *"no tiene carácter sancionador (sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario)"*.

También en relación con la información reservada se significaba en Sentencia de 16 de enero de 2004, que en ningún sentido constituía una fase inculpativa del procedimiento disciplinario y que *"sobre sus contenidos y conclusiones habrían de recaer las actuaciones probatorias que el Instructor practicara con otorgamiento de plenas garantías de contradicción en las decisiones indagatorias, hasta el agotamiento de la vía administrativa mediante las resoluciones oportunas y su revisión posterior jurisdiccional si se interponían recursos de tal índole"*.

Ya en nuestra Sentencia de 8 de mayo de 2003 habíamos afirmado que lo manifestado en una información previa o reservada carecía de valor verificador de los hechos si no era ratificado ante el Instructor del Expediente disciplinario, lo que después confirmamos en Sentencias de 15 julio de 2003 y la citada de 16 de enero de 2004, así como las de 23 de febrero y 25 de octubre de 2004 y 17 de enero y 10 de marzo de 2005; y lo hemos corroborado más recientemente en Sentencia, entre otras, de 2 de octubre de 2007, en la que, refiriéndonos a la Información Previa del art. 44.2 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, hemos reiterado que *"las declaraciones contenidas en ella no tienen virtualidad alguna probatoria, sin la ratificación de los testigos que en ellas depusieron"*. Eficacia probatoria que tampoco alcanza -en aquello que pudiera incriminarle- a la declaración prestada sin garantías en una información previa por quien luego resulta expedientado, no habiendo sido advertido en aquélla de su derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la asistencia de letrado y a ser informado de la acusación (Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2005).

En definitiva, la información reservada, al no tener carácter sancionador y solo ir dirigida su instrucción a comprobar unos hechos que pudieran tener transcendencia disciplinaria para decidir sobre la procedencia de incoar un procedimiento disciplinario, no está sujeta a formalidades especiales ni sometida a los principios de contradicción ni de un específico plazo, sin que su instrucción lógicamente afecte a la caducidad del expediente o interrumpa el tiempo de prescripción de la posible infracción.

Por lo que en definitiva debe rechazarse la tacha formulada por el recurrente y su queja de indefensión.

QUINTO.- La segunda alegación del demandante viene referida también a la posible vulneración del artículo 24 de la Constitución al haberse denegado los medios de prueba pertinentes para su defensa, produciéndose



indefensión. Entiende el recurrente que la prueba testifical y documental solicitada era necesaria a la hora de ejercitar una defensa adecuada a los intereses del expedientado, repitiendo literalmente lo que ya manifestó ante la Autoridad disciplinaria en su recurso de alzada. Así, por lo que se refiere a la prueba testifical, reitera que "era absolutamente necesaria en cuanto se trata de comerciantes que tiene[n] puestos en el Mercadillo de La Pava, a fin de acreditar que el encartado no prestaba servicios en dicho mercadillo", y respecto a la documental, también insiste en que "se deniega la documental consistente en copia testimoniada del informe emitido por los funcionarios NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 , señalando para ello que dicho informe no dio origen al presente expediente, y sin embargo, la propuesta de resolución se apoya en él para declarar los hechos probados". Finalmente, en cuanto al escrito del Presidente de la ACA, cuya incorporación al procedimiento se denegó, se queja de que el rechazo se fundamentó en que nada recoge en cuanto al encartado, ni de su relación con los hechos, cuando expresamente en él se señalaba la falta de relación del expedientado con dicha Asociación.

Sin embargo, es lo cierto que al folio 230 del expediente podemos encontrar, en el Acuerdo del Instructor de 21 de noviembre de 2011, las razones que expone para inadmitir las pruebas testificales y documentales propuestas por el expedientado, denegando las testificales solicitadas en razón de que, efectivamente, el expedientado se limitó a pedir la declaración de una serie de testigos, sin explicar mínimamente la relación que éstos podían tener con los hechos imputados, de que manera su testimonio podría desvirtuar las concretas pruebas que obraban en el expediente y como podría afectar su declaración a la decisión a tomar por la Autoridad disciplinaria.

Razona también el Instructor del expediente su negativa a incorporar al procedimiento el informe emitido por los agentes del Servicio de Información de la Comandancia de Sevilla, porque, aunque el expedientado así lo considere y por eso lo proponga, "el inicio y origen del expediente no arranca de aquellos pretendidos informes, si no del parte disciplinario que el Teniente Coronel de la Guardia Civil Jefe del Servicio de información de la Guardia Civil emite el pasado día 8 de junio de 2011, a quien por cierto, pudiéndolo haber hecho, no [l]o ha propuesto como testigo".

Finalmente, y por lo que se refiere al escrito emitido por el Presidente de la ACA, el Instructor pone de manifiesto para inadmitirlo que "nada refiere el expedientado ni al escrito en sí, ni a su contenido, ni a su relación con el procedimiento, por lo que no se acredita la relación de dicho escrito con los hechos objeto del expediente".

Pues bien, ante la queja de indefensión que también aquí invoca el demandante, hay que reiterar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, expresamente recogido en el artículo 24.2 de la Constitución , viene estrechamente conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que alcanza a las cuestiones relativas a la prueba, y con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable, hasta el punto de que, como recuerda la Sentencia 208/2007, de 24 de septiembre , "el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se integra por la capacidad jurídica que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (por todas, SSTC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3 ; 19/2001, de 29 de enero, FJ 4 ; 77/2007, de 16 de abril , FJ 2)".

Sin embargo, en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, también hemos de recordar que el Tribunal Constitucional tiene establecida una consolidada y reiterada doctrina, que resume la Sentencia 77/2007, de 16 de abril , FJ 3, citando la STC 165/2004, de 4 de octubre , advirtiendo que : "a) se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional; b) éste derecho no tiene carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas; c) no obstante, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable; d) no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta; e) finalmente, el recurrente debe justificar en su demanda de amparo la indefensión sufrida, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo".



Señala además el Tribunal Constitucional que *"esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo"*.

La esencialidad de tales consideraciones al trasladarlas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, nos llevan a concluir que en el caso presente la vulneración del derecho fundamental no se ha producido, no solo porque la decisión del Instructor del expediente de denegar las pruebas solicitadas por el expedientado haya de considerarse razonable y suficientemente argumentada, dada la deficiente forma en que fueron propuestas, sino también porque ni el demandante argumenta sobre lo decisivo de las pruebas denegadas, ni ha solicitado su práctica en sede jurisdiccional. Y además, en definitiva, y en razón de la prueba obrante en el expediente, las testificales y documentales propuestas no muestran relevancia en orden a modificar lo esencial de los hechos que se tienen por probados y la decisión adoptada por la Autoridad disciplinaria, a lo que inmediately nos referiremos.

SEXTO.- Como tercera alegación en su demanda denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, aduciendo que no se ha acreditado que realizara actividad laboral alguna, ni se ha determinado periodo alguno de tiempo de realización de dicha actividad.

Cuestiona particularmente el recurrente que se diga en la resolución sancionadora que desarrolló desde el 7 de febrero de 2009 labores de control y seguridad en el mercadillo habitualmente celebrado por la Asociación de Comerciantes Ambulantes al sitio del Charco de la Pava de Sevilla, sin que exista prueba alguna de ello, quejándose de que se afirme en la resolución sancionadora que *"entre aquel 7 de febrero de 2009 y el 7 de junio de 2009 el expedientado es vigilado por agentes del Servicio de Información de la Comandancia de Sevilla en al menos cuatro o cinco ocasiones"*, cuando en el informe emitido por el Teniente Jefe Interino del Grupo de Información de la Guardia Civil, de fecha 18 de mayo de 2009, obrante a los folios 31 y 32 del expediente, se señala expresamente como los controles efectuados tuvieron lugar en dos únicas fechas: el 7 de marzo y el 4 de abril de 2009.

Asimismo discrepa el demandante de que respecto de los hechos acaecidos el 7 de junio de 2009 se de por probado que se le intervino una carpeta con documentación relativa al mercadillo y se haga constar que es suya, cuando *"se encontraba meramente en mi posesión por habérsela dado antes el Sr. Hipolito [y] no contiene nada que pueda ligar su contenido con el sancionado"*. Finalmente significa que las declaraciones del referido Sr. Hipolito y del Secretario General de la ACA confirman que no realizaba ningún trabajo en el mercadillo.

Pues bien, invocada por el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cabe reiterar que tal infracción se produce en aquellas situaciones en las que se constata una situación de vacío probatorio, ya sea por inexistencia de verdadera prueba de cargo, porque ésta se obtuviera ilegalmente o se practicara irregularmente o, finalmente, porque la prueba existente se hubiera valorado de forma no racional, ilógica o absurda. Decíamos en nuestra Sentencia de 18 de febrero de 2009 que el derecho a la presunción de inocencia obliga a basar toda condena en auténtica prueba de cargo apta para desvirtuar la inicial presunción de no culpabilidad que asiste a cualquier persona acusada y recordábamos recientemente en Sentencia de 2 de septiembre de 2013, que dicho derecho fundamental muestra también toda su virtualidad en el ámbito del derecho disciplinario y las sanciones que se impongan por la Administración han de estar basadas en actos o medios probatorios de cargo incriminadores de la conducta reprochada, recayendo sobre la Autoridad sancionadora la exigencia de un acervo probatorio suficiente y la carga de probar, tanto la comisión del ilícito disciplinario, como la participación en él del sancionado.

Ahora bien, también hemos señalado con reiteración que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia sólo se produce ante la total ausencia de prueba y no puede entenderse infringido cuando existe un mínimo acervo probatorio válido. En este sentido, y en cuanto debe ser aplicado al derecho administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional recuerda desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que *"el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos"* (STC 26/2010, de 27 de abril). De modo que, como se declara en la Sentencia núm. 189/1998, de 28 de septiembre *"sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos"*



fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

Desde tal perspectiva, y pese a las protestas del demandante, no cabe sino descartar que el derecho del expedientado a la presunción de inocencia se viera vulnerado por ausencia de prueba que soportara el núcleo esencial de los hechos que se tienen por probados en la resolución sancionadora. El relato fáctico que se contiene en la resolución sancionadora es fiel reflejo del parte que en su momento formuló el Teniente Coronel Jefe de la Sección de Información de la Dirección Adjunta Operativa de la Zona de Andalucía, y que fue formalmente ratificado ante el Instructor del expediente con fecha 26 de octubre de 2011, según consta al folio 160 de las actuaciones.

Efectivamente, según se señala en los hechos que se dan por probados y sirven de base a la resolución sancionadora, el día 7 de junio de 2009, el Teniente Coronel de la Guardia Civil Don Teodoro , Jefe de la Sección de Información de la 4ª Zona de la Guardia Civil, junto con el Comandante de esa Unidad, D. Carlos Miguel , se dirigieron al mercadillo ambulante situado en el Charco de la Pava de Sevilla identificando en uno de los bares portátiles al Cabo Casimiro , junto a otros paisanos, desarrollándose a continuación los hechos como se detallan en dicho relato fáctico, que se corresponde con lo manifestado en el parte del citado Teniente Coronel, que ha sido expresamente corroborado por el Comandante allí presente.

Pero es que, además, si atendemos a la declaración prestada por el Sr. Hipolito -que el demandante pretende exculpatoria-, aunque en ella el testigo, al reconocer que ha realizado funciones de control, seguridad y cobro de diversas cantidades a los comerciantes que se instalan en el mercadillo del Charco de la Pava, precise que "el expedientado nunca las ha hecho", admite a continuación, refiriéndose al recurrente, "que no estaba contratado, que era un(a) colaborador y que se le pagaban unas dietas de transporte y de comida, sin que fuera fijo, que dependía de los horarios y de los festivos y sábados que tuviera el mes", lo que se compadece con lo que el propio expedientado reconoció ante el Teniente Coronel Jefe de la Sección de Información y el Comandante que le acompañaba, al manifestar que recibía una pequeña gratificación, unos 50 ó 60 euros por día, como quedó recogido en el parte formulado por dicho Oficial y figura en los hechos probados, sin que la declaración del Secretario General de la ACA, ni la que hubiera llegado a prestar el Presidente de dicha Asociación, pueda desvirtuar la realidad de lo sucedido, ni la "colaboración" del sancionado con el citado Sr. Hipolito , que éste mismo ha reconocido y que, en definitiva, era quien formalmente mostraba una relación directa con la Asociación.

Por otra parte, y por lo que se refiere a los hechos anteriores al 7 de junio y que también se tienen por probados en la resolución sancionadora, la realidad de los mismos tiene también suficiente sustento probatorio, pues esencialmente son extraídos de los testimonios prestados ante el Instructor del expediente por los Guardias Civiles del Servicio de Información y los Policías Locales, con la única rectificación a la que se ha hecho anteriormente mérito, pues ha de admitirse que el recurrente tiene razón al advertir que las labores de seguimiento que realizaron dichos Guardias Civiles del Servicio de Información solo está totalmente acreditado que tuvieron lugar en dos ocasiones, presumiblemente los días 7 de marzo y 4 de abril de 2009, pues así se recoge en las declaraciones de los propios Guardias que participaron en los controles del Cabo 1º Casimiro y obran a los folios 156, 157 y 158 de las actuaciones, y se señala en el informe emitido por el Teniente Jefe Interino del GIGC de fecha 18 de mayo de 2009.

SÉPTIMO.- Alega en cuarto lugar el demandante la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución y del principio de legalidad en su vertiente de falta de tipicidad, al entender que no estaba desarrollando ninguna actividad laboral, apuntando que "incluso a efectos dialécticos la colaboración esporádica que se imputa no puede considerarse actividad y la cantidad que se dice recibida, un bocadillo, o aunque fuera una propina de 50 € no puede considerarse retribución".

En lo sustancial, aduce el recurrente que la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración, mantiene un principio general de compatibilidad para la realización de actividades privadas, detallando aquéllas que singularmente no lo son, distinguiéndose en éstas por un lado las recogidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 53/1984 , que son las actividades privadas para las que no se puede reconocer la compatibilidad porque su desempeño puede entrañar, con carácter general, alguna colisión con el puesto público, y por otro aquellas otras actividades privadas no incluidas en dichos artículos y para las que en principio sí se puede reconocer la compatibilidad, afirmando a continuación que, conforme al Real Decreto 517/86, de 21 de febrero, el recurrente cumplía los requisitos para el ejercicio de una actividad privada, "por lo que el hecho de no pedir la autorización se convierte en una formalidad incompatible con la justicia material".

Pues bien, hemos de significar en primer lugar que, como ya apunta el Ministerio Fiscal y se recordaba en Sentencia de 20 de diciembre de 2004 de esta Sala , citando las de 16 de julio de 2001 , 31 de enero de 1997 y 13 de enero de 1992 , en el proceso contencioso disciplinario militar preferente y sumario sólo puede



denunciarse la vulneración del principio de legalidad desde el punto de vista de la tipicidad absoluta, de manera que no puede estimarse la demanda si los hechos, aún no encajando en el concreto tipo de falta apreciada, pueden ser incardinados en alguna otra previsión disciplinaria contemplada por la Ley. Como se precisaba en Sentencia de 7 de marzo de 2000 , *"si concurre la denominada tipicidad relativa, se estaría ante una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al ámbito objetivo del presente Recurso Preferente y Sumario, que se circunscribe a comprobar la posible conculcación de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE . Así lo tiene declarado esta Sala con reiterada virtualidad, entre otras en Sentencias 14.03.1993 ; 17.01.1994 ; 21.12.1994 ; 20.06.1995 y 10.02.1999 ; y ello será así siempre y cuando los hechos objeto de sanción se mantengan incólumes, lo que constituye requisito imprescindible pero no suficiente a efectos de la posible recalificación del reproche disciplinario sin causar indefensión al sancionado. Es preciso, además, que medie relación de homogeneidad entre los tipos disciplinarios sucesivamente apreciados, por coincidir en ellos los mismos elementos objetivos y subjetivos, así como que exista entre las faltas identidad de bien jurídico protegido, de manera que el sujeto disciplinado no experimente restricción o merma en el ejercicio de su derecho de defensa, que provenga de la nueva calificación de reemplazo aunque el presupuesto fáctico no se hubiera alterado"*.

Pero es que, en el presente caso, cabe ya anticipar que en la resolución sancionadora no se ha conculcado el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, al considerar la Autoridad disciplinaria que los hechos declarados probados deben incardinarse en la infracción muy grave contemplada en el artículo 7.18 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , que sanciona el "desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades", pues la correcta subsunción del comportamiento del sancionado en el referido ilícito disciplinario se desprende sin esfuerzo no solo del propio relato fáctico, sino de las propias alegaciones del demandante.

Efectivamente, como bien señala el demandante, en la presente previsión disciplinaria nos encontramos con el clásico ilícito sancionador en blanco, que necesita ser completado con la norma que regula el régimen de incompatibilidades en el ámbito de la Guardia Civil. Así , la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en su artículo 22 establece que "los Guardias Civiles estarán sometidos al régimen general en materia de incompatibilidades de la Administración General del Estado, sin perjuicio de las incompatibilidades más rigurosas que pueda establecer su normativa específica"; y por ello, en definitiva, dicha normativa en la actualidad está integrada tanto por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, como por el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, sobre incompatibilidades del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Recordemos que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el bien jurídico protegido con la normativa sobre incompatibilidades aplicable a los miembros de la Guardia Civil; y así, respecto del tipo disciplinario similar que se contemplaba en la Ley Orgánica 11/1991, en Sentencia de 27 de abril de 2007 , se decía que trataba de preservar *"la total dedicación profesional de los destinatarios de la norma, que no debe verse perturbada por otro tipo de ocupaciones no permitidas, las cuales pueden afectar tanto al eficaz desarrollo de sus obligaciones, como al tratamiento objetivo e igualitario de la ciudadanía, sin influencias de vinculaciones laborales, profesionales o de carácter equivalente a éstas. Se protege asimismo la imagen pública y social del servidor de la ley, que debe permanecer incólume ante influencias o actuaciones inadaptables a su doble condición de militar y de miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado"* . Y en Sentencia de 14 de septiembre de 2009 , se señala que *"el bien jurídico que se protege con la normativa sobre incompatibilidades aplicables al personal militar, del que forman parte los miembros de la Guardia Civil, radica, en lo que a la realización de actividades privadas se refiere, en preservar no solo la necesaria objetividad e imparcialidad de dicho personal que puede quedar comprometida con el desempeño de actividades relacionadas con la función, sino en asegurar la plena dedicación que resulta exigible a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entre los que se incluye dicho Instituto, según resulta de lo dispuesto en los art. 5.4 y 6º 7 de LO.2/1986 , de 13 de marzo, y en el art. 94 de la Ley 42/1989, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal de los miembros de la Guardia Civil, en relación con el anterior art. 221 de los Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978 (Sentencias 28.10.2002 ; 31.10.2002 ; 17.01.2003 y 27.04.2003 y art. 22 LO. 12/2007, de 22 de octubre , reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil)"*.

Pues bien, el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece que "el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá del previo reconocimiento de incompatibilidad" y el Real Decreto 517 /1986, de 21 de febrero de Incompatibilidades del Personal Militar, aplicable a la Guardia Civil (art.1), señala en el art. 12, que corresponde al Ministerio del Interior la resolución autorizando o denegando el ejercicio por el personal de la Guardia Civil de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales de carácter privado.



Y, en definitiva, por lo que se refiere al presente caso, como recordábamos en Sentencia de 11 de mayo de 2010 : *"para la comisión de esta infracción no es necesario que la actividad que se realiza sea remunerada, pues, como ya sentábamos en nuestras Sentencias de 03.01.2001 y 20.10.2003, la razón de la incompatibilidad, según acabamos de señalar, no se encuentra en la percepción de retribuciones, sino en la perturbación que esa segunda actividad puede producir en la imparcialidad e independencia con que la Guardia Civil debe ejercer sus funciones"* (Sentencia de 21 de septiembre de 2009); *"el carácter episódico, o no habitual, de la actividad incompatible que se realice, resulta indiferente para tener por cumplido el tipo disciplinario, puesto que se está ante una infracción de mero riesgo y de ejecución instantánea"* (Sentencias de 31 de octubre de 2002 y 4 de julio de 2003, entre otras); o como ya decíamos en Sentencia de 17 de Enero de 2.003 , siguiendo las de 28 y 31 de Octubre de 2.002 , *"resulta irrelevante para tener por cumplido el tipo disciplinario la profesionalidad en su desempeño, su carácter habitual o esporádico, el que la ejecución sea o no retribuida, que su realización redunde o no en el perjuicio del servicio, o cuestione la objetividad e imparcialidad esperable de cualquier miembro del Cuerpo de la Guardia Civil. Pues son éstos requisitos que la norma no exige por tratarse de un tipo disciplinario, además de formulado en blanco, de mero riesgo y de ejecución instantánea en que el bien jurídico que se protege es la total dedicación profesional de los destinatarios de la norma"* .

Por lo que, en definitiva, constatada la colaboración prestada por el demandante a las labores desarrolladas en favor de la Asociación de Comerciantes Ambulantes no cabe sino confirmar que la conducta objeto de reproche disciplinario fue correctamente subsumida en la infracción disciplinaria apreciada, sin que quepa entender que la resolución sancionadora ha incurrido en la falta de tipicidad invocada, vulnerando el principio de legalidad.

OCTAVO.- Finalmente hemos de referirnos a las dos alegaciones que con carácter subsidiario se formulan para el caso de entenderse cometida la infracción y que, al ser de estricta legalidad, son ajenas al recurso preferente y sumario que aquí se ha planteado, dada su especial naturaleza (Sentencia de 10 de noviembre de 2011).

En la primera de ellas, que se formula como quinta alegación, aduce el recurrente su inimputabilidad y la aplicación del artículo 20.1 del Código Penal , limitándose a señalar que, en el momento de los hechos, se encontraba de baja por depresión y que le ha sido diagnosticado en Acta de la Junta Médico Pericial Ordinaria, del Hospital General Básico de la Defensa "San Carlos" de San Fernando, un "episodio depresivo encronizado", habiéndosele iniciado a resultas de este acta un expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Sin embargo, y aunque estemos como decíamos ante una cuestión de mera legalidad, resulta conveniente apuntar que en el presente recurso se ha practicado a instancia del demandante prueba pericial psiquiátrica, constando informe del Psiquiatra Teniente Coronel Médico D. Urbano , destinado en la Clínica Militar de San Fernando, de fecha 27 de noviembre de 2014, en el que, tras el reconocimiento médico pericial del Guardia Civil D. Casimiro , concluye que: "1.- El evaluado padece trastorno depresivo crónico y descompensación de la personalidad por inestabilidad emocional, 2.- En el momento de los hechos no padecía alteración psíquica clínica evidente, encontrándose compensada su alteración caracterial, 3.-Mostraba una plena capacidad comprensiva y volitiva, en relación con los hechos por los que fue sancionado".

NOVENO.- Finalmente, en sexto y último lugar, alega el recurrente la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de proporcionalidad, "en cuanto se le ha impuesto la sanción de cinco años de suspensión de empleo", invocando además el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas. Aduce que en el presente caso existe una total desproporción en la sanción impuesta, habiéndose vulnerado el principio de proporcionalidad e individualización de la sanción, teniendo en cuenta los criterios marcados en el artículo 19 de la Ley Disciplinaria ; y también pretende que se tenga en cuenta la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en el procedimiento, dado que se han iniciado tres expedientes administrativos, imponiéndose en el año 2012 una sanción por hechos que se dicen cometidos en 2009.

Como hemos anticipado, tampoco la proporcionalidad de la sanción tiene cabida en este procedimiento preferente y sumario, por pertenecer al ámbito de la legalidad ordinaria y no mostrar relevancia constitucional, en cuanto que la Autoridad sancionadora puede optar por cualquiera de las alternativas previstas en la ley para la sanción de los hechos reprochados como infracciones disciplinarias. Así recordamos en reciente Sentencia de 24 de enero de 2014 , que ya decíamos en Sentencia de 6 de noviembre de 2001 - con cita de las Sentencias de esta Sala de 19 de mayo de 1998 , 19 de abril de 1999 y 23 de junio de 2000 - que el recurso contencioso disciplinario militar, preferente y sumario, únicamente puede acoger los supuestos de quebrantamiento de los derechos a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución y que los problemas que suscita la proporcionalidad son cuestiones de mera legalidad ordinaria, y quedan fuera de su ámbito, significando que *"tan solo cuando en el ejercicio de la potestad disciplinaria se impusiera alguna sanción que no se correspondiera con las que para la falta apreciada estuvieran establecidas como posibles en la norma sancionadora, quedaría anudado el quebranto a la proporcionalidad con la infracción del principio de legalidad, lo que permitiría su tutela en la vía procesal del recurso contencioso disciplinario militar, preferente y sumario"*.



Pero es que además, hay que significar que -como bien advierte el Ministerio Fiscal- el demandante plantea estas cuestiones olvidando que, en el presente caso, la sanción primeramente impuesta quedó reducida a seis meses y un día de suspensión de empleo, tras la reforma por el Ministro de Defensa de la resolución sancionadora del Director General de la Guardia Civil, que al estimar parcialmente el recurso interpuesto en su día frente a esta, tomó en consideración en lo esencial para reducir sustancialmente la sanción, las propias alegaciones del recurrente, que aquí reitera en su demanda, incluida la dilación, lo que hace infundada su queja.

Por lo que, en conclusión de todo lo expuesto y al no advertir conculcación alguna de los derechos fundamentales invocados, no cabe sino rechazar la demanda formalizada, desestimando presente recurso y confirmando la sanción impuesta

DÉCIMO.- 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

Que debemos desestimar y desestimamos el presente Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Mercedes Albi Murcia, en nombre y representación del Cabo 1º de la Guardia Civil Don Casimiro , contra la resolución del Ministro de Defensa de fecha 16 de julio de 2012, por la que se estimaba parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 26 de marzo de 2012 del Director General de la Guardia Civil, en la que se había acordado imponer al recurrente la sanción disciplinaria de cinco años de suspensión de empleo, como autor de una falta muy grave consistente en "Desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades" prevista en el artículo 7 .18 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , sustituyéndola por la la sanción de suspensión de empleo de seis meses y un día. Resolución del Ministro de Defensa que, en el ámbito de este recurso preferente y sumario, declaramos conforme a derecho y confirmamos.

Y también declaramos de oficio las costas de este procedimiento.

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

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