

## Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

### Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33016340

NIG: [REDACTED]

### Pieza de Medidas Cautelares [REDACTED] (Procedimiento Ordinario)

De: D. [REDACTED]

LETRADO D. ANTONIO SUAREZ-VALDES GONZALEZ, CL/ GENERAL RODRIGO 6  
PRINCIPAL C - C.P.:28003 Madrid

Contra: MINISTERIO DE DEFENSA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

A U T O N° [REDACTED]

#### ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL

#### ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. BELEN MAQUEDA PEREZ DE ACEVEDO

D. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

En Madrid a veintinueve de abril de dos mil veintidós.

### ANTECEDENTES DE HECHO

I.- DON [REDACTED] Cabo del Ejército de Tierra, en su propio nombre y derecho ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el General de Ejército, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de fecha 7 de marzo de 2022 por la que se acuerda el pase a la situación administrativa de suspensión de funciones del recurrente; la elevación de las actuaciones a la Ministra de Defensa, al considerar necesario proponer el cese en el destino del mencionado militar; y el traslado del presente acuerdo al mando de personal a efectos de la publicación de la suspensión de funciones en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa. En el mentado escrito y por medio de OTROSI DIGO se interesaba de la Sala se decretara la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida, en orden al pase del recurrente a la situación administrativa de suspensión de funciones.

II.- Formada la oportuna pieza separada se dio traslado de la pretensión a la Administración demandada a fin de que en el término previsto en la Ley expusiera lo que a su derecho conviniera. En tiempo y forma, la Abogacía del Estado en la representación que tiene conferida ha evacuado el trámite otorgado, oponiéndose a lo interesado en base a las alegaciones que ha dejado consignadas, y que, en aras a la brevedad, damos por reproducidas.



## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** El artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa confiere a todos los interesados en un procedimiento la facultad de solicitar en cualquier momento las medidas cautelares oportunas que aseguren la efectividad de la sentencia, debiendo el Juzgador atenerse en orden a su otorgamiento o denegación a los criterios que le establece el artículo siguiente “Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar puede únicamente acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”.

La potestad jurisdiccional de suspensión del acto administrativo impugnado, así como de cualquier otra medida cautelar, responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro, es decir evitar que una posible sentencia favorable al recurrente quede desprovista de eficacia por la conservación o consolidación de situaciones contrarias a derecho. Obviamente la suspensión del acto administrativo es un límite al principio de ejecutividad del acto y al de la tutela administrativa ya que el artículo 57 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común proclama la validez y eficacia de los actos administrativos, al establecer que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, se presumirán válidos y producirán sus efectos desde la fecha en que se dicten , salvo que en ellos se disponga otra cosa.” Se presume, con presunción iuris tantum la legalidad de todo acto administrativo y en consecuencia se le otorga de ejecutividad.

Por tanto es evidente el carácter excepcional de la suspensión de los actos administrativos, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (sección 5ª), de fecha 10 de febrero de 2010 (recurso de casación 1802/2008) hace un examen pormenorizado de los criterios que debe regir la opción de las medidas y así “debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se integra, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (art. 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 de la LRJCA)

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse



*únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".*

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante, la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el art. 24 de la C.E., cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1. 1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que



puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3) . . . Como venimos afirmando, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero."

**SEGUNDO.-** Expone el recurrente, y así consta en la resolución impugnada que adjunto se acompaña a la interposición del recurso, que con fecha 22 de diciembre de 2021 y por el General del Ejército JEMET le ha sido incoado expediente disciplinario EDFMG [REDACTED], por la presunta falta muy grave prevista en el artículo 8, número 12, de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), consistente en "realizar (...) actos que afecten a la libertad sexual de las personas o impliquen acoso tanto sexual y por razón de sexo (...) u otros que, de cualquier modo y de forma reiterada, atenten contra la intimidad o la dignidad personal o en el trabajo (...)", o, alternativamente, de la falta grave de "realizar (...) actos que, de cualquier modo, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo (...)" del artículo 7.30 de la indicada disposición. Que al amparo del art. 111 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera militar con motivo de la incoación de dicho procedimiento disciplinario por falta muy grave se ha acordado su pase a la situación administrativa de suspensión de funciones. Que interesa la suspensión de dicha resolución a fin de tratar de defender su derecho al trabajo, ya que, de no estimarse la presente medida, dado el colapso de la justicia, probablemente pasarían meses sin que el recurrente pudiera trabajar, máxime cuando al recurrente se le ha incoado un expediente disciplinario por falta muy grave por una presunta incompatibilidad. Estima que concurren todos los requisitos que para ello establece el TS y en especial "La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar".

Igualmente invoca *periculum in mora*, la falta de adopción de la medida cautelar solicitada, dado el periodo estimado de resolución del presente procedimiento supondrá un daño irreparable al actor que se vería privado, en caso de no acordarse la misma, de un derecho a trabajar, durante un periodo importante y a no poder hacer frente al mantenimiento de su hijo recién nacido, y a ubicar al mismo en una situación de absoluta vulnerabilidad.

**TERCERO.** - La abogacía del Estado se ha opuesto a lo interesado por no concurrir los requisitos legales y así en primer lugar estima ausencia de *periculum in mora* y ello porque no basta la mera alegación de daños y perjuicios, sino que hay que acreditarlos, pesa sobre el mismo la carga de probarlos, se ignora si tiene hijo recién nacido, y en su caso la situación en la cual quedaría el mismo. También invoca ausencia de *fumus boni iuris* no



siendo esta pieza incidental el trámite idóneo para debatir el objeto del pleito, debiendo realizarse al efecto un juicio provisional e indiciario, sin prejuzgar el fondo del asunto. La apreciación de este presupuesto está limitado a los siguientes casos: (a) nulidad de pleno derecho siempre que sea manifiesta; (b) actos dictados en aplicación de una disposición declarada nula; (c) existencia de una sentencia declarando nulo el acto u otro idéntico, aunque no sea firme; (d) y existencia de jurisprudencia reiterada frente a la que la Administración opone una resistencia contumaz. En el caso de autos concurren una serie de presunciones que parecen mostrar que la apariencia de buen derecho, en el comportamiento del recurrente, al menos a primera vista, queda en entredicho. En todo caso la situación de suspensión de funciones ciertamente comporta una minoración transitoria de los ingresos del militar, pero no la pérdida total de los mismos (cfr. el 8º del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre); tiene una duración limitada en el tiempo, pudiendo incluso acordarse tramitación de urgencia.

Y en orden a los intereses en conflicto considera la Administración demandada que el interés del hoy actor, tiene menor importancia que el interés público que aquí concurre, y citando el auto [REDACTED] de la sección séptima de esta misma Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid “En este caso, sin duda debe darse preferencia al interés de la Administración en que sus funcionarios actúen y aparezcan como imparciales en el ejercicio de sus funciones, sobre la pérdida económica que pueda experimentar la demandante, que en su caso podría ser objeto de resarcimiento”.

**CUARTO.-** Como hemos expuesto inicialmente el primer e imprescindible presupuesto para adoptar la medida cautelar es que la ejecución del acto impugnado haga perder al recurso su finalidad, y ello porque dicha ejecución determine una situación irreversible que impida que la sentencia si fuera favorable pudiera dar satisfacción al recurrente.

En materia de actos administrativos sancionadores, como señala el Tribunal Supremo la regla general es la no suspensión de la sanción "... bien porque no se acrediten los daños, ni se aporten datos que, aunque solo sea indiciariamente, los prueben, bien porque se considera que por la solvencia de la Administración son daños reparables siempre, o bien porque es una exigencia del interés público su plena e inmediata efectividad, tanto por razones de ejemplaridad, como por la necesidad de que puedan obtenerse en debida forma los fondos de la Administración".

En el caso de autos la medida acordada con motivo de la incoación contra el recurrente de un expediente disciplinario por falta muy grave es la suspensión de funciones, que, por tanto, en su contenido y efectos, va más allá de lo meramente económico. Es por ello que estimamos que concurre la premisa principal, ya que de ejecutarse la medida acordada, de llevar a efecto la suspensión de funciones, si la sentencia que en su día se dicte es favorable al recurrente, se habría consolidado una situación que no puede ser resarcida meramente con una indemnización de daños y perjuicios, porque las consecuencias de la suspensión a nivel





personal, familiar, profesional y social no podrían ser resarcidas, son daños morales no indemnizables o de muy difícil cuantificación. Siendo ello un hecho notorio y por tanto no preciso de prueba. Debe destacarse en orden a la causación de daños para el interés público, que el recurrente destinado en [REDACTED] en la actualidad, y mediante una comisión de servicios, se encuentra destinado en la [REDACTED]

Es por ello que vistos los preceptos citados y demás de aplicación, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado doña Belén Maqueda Pérez de Acevedo

**LA SALA ACUERDA:** Que procede estimar la medida cautelar interesada por en su propio nombre y Derecho por DON [REDACTED] de suspensión de la ejecutividad de la resolución dictada por el General del Ejército, Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra de fecha 7 de marzo de 2022 en orden a la suspensión de funciones que impone al recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes y remítase copia con CVS de la presente resolución a la Administración demandada, MINISTERIO DE DEFENSA, para que lleve a efecto lo acordado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/a Sres/a anotados en el encabezamiento de la presente resolución, en el lugar y fecha indicados

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº [REDACTED] (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº [REDACTED] (IBAN [REDACTED]) y se consignará el número de cuenta-expediente [REDACTED] en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

