



SENTENCIA Nº 1212/2018

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

Recurso de Apelación nº: 2672/2015

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

Doña MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADOS:

Don SANTIAGO CRUZ GÓMEZ

Don CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

Sección Funcional 3ª

En la ciudad de Málaga, a 5 de junio de 2016

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el rollo número 2672/15 del recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] contra Sentencia de fecha 19 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SIETE de Málaga en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el Procedimiento Ordinario nº 57/2013; y como parte apelada AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María del Rosario Cardenal Gómez, quien expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Se impugna en el presente Recurso de Apelación Sentencia, de fecha 19 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SIETE de Málaga en el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento ordinario nº 57/2013

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva se da por reproducida en su contenido.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la parte **actora**, se interpuso Recurso





de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de **Apelación** con el número **2672/15**.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Se impugna en el presente recurso de Apelación por la representación procesal de [REDACTED] la Sentencia nº 142/15 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Málaga, dictada en fecha 19 de mayo de 2015 en los autos de P.O. 57/2013, por la que se desestima el Recurso Contencioso-Administrativo por aquella interpuesta contra la Resolución de 10 de diciembre de 2012 del Ayuntamiento de Málaga, recaída en el Expediente Sancionador nº 2012/1 por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesta contra la resolución por la que se *“acordó sancionar a la recurrente con la revocación de la licencia del quisco de prensa sito en el [REDACTED] y por la que se ordenaba el cierre definitivo del quiosco y cese de la actividad desarrollada en el mismo así como la retirada de la vía pública del quiosco en cuestión declarando que no fuesen conformes y se anulase ambas resoluciones instando la improcedencia de la sanción, subsidiariamente, la minoración o moderación de la sanción impuesta, todo ello con la imposición de costas al Ayuntamiento de Málaga.”*

SEGUNDO. Mantiene la apelante que la Sentencia ha sido dictada incurriendo el Juzgador en un error sobre las alegaciones formuladas y error en la valoración de la prueba practicada en el curso del procedimiento tramitado.

TERCERO. Como ha señalado una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, expresada por todas en la sentencia de 11 de marzo de 1999 (recurso 11433/1991) " Los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso. Tal doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por esta Sala que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998: "Las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la





parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior art. 100 LJCA, son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que se suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal de primera instancia si se entienden que se adecuan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero y 17 de abril de 1998

Mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse, de modo que posibilita que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Como señala la jurisprudencia - entre otras, SSTs de 24 de noviembre de 1.987 (RJ 1987, 7928), 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9764), 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9221), 5 de julio de 1991 (RJ 1991, 6700), 14 de abril de 1993 (RJ 1993, 2816), 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 8446)-, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, pero ello no significa que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, puesto que tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación). Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley Jurisdiccional, debe ser interpuesto mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, según puntualiza el art. 458.2 LEC., es decir, en el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo, según art. 459.1 LEC.), errores que, como decíamos,





pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia o auto a su favor, de modo que la falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

Hay que recordar que como señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia .La jurisprudencia -Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión , que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en los términos en que se hizo.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que como ha señalado una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, expresada por todas en la sentencia de 11 de marzo de 1999 (recurso 11433/1991) " Los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso. Tal





doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por esta Sala que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998: "Las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior art. 100 LJCA, son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que se suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal de primera instancia si se entienden que se adecuan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero y 17 de abril de 1998)".

CUARTO. Según la apelante *"Parte de la indicada Sentencia de un ERROR DE BASE en la concepción de los HECHOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO tramitado.*

...por la parte recurrente, la [REDACTED] se combatía la resolución señalada en los Hechos de la presente resolución consistente en la desestimación de reposición interpuesta frente a previa resolución sancionadora. La misma derivaba de acta levantada por inspector y de la que resultó según el allí actuante, que la recurrente y en el quiosco indicado, no ejercía personalmente la actividad cuando ella era la titular de la autorización a lo que se añadía que se vendían productos diferentes a los autorizados. A resultas de la misma se impuso sanción de revocación de la licencia concedida y declarar extinguida la licencia por revocación de la misma, exigiendo la clausura del quiosco.

Sin embargo, yerra la referida resolución al afirmar que:

... según la recurrente y su Letrado no eran ciertas las afirmaciones del inspector y las mismas se fundaban en meras opiniones sin prueba alguna por cuando que la persona que allí estaba desempeñaba labores bajo contrato de prestación de servicios pero no se trataba de un arriendo o cesión como se deriva de la resolución sancionadora primigenia ni la dictada tras el recurso.

Dicho error viene a condicionar la totalidad de la fundamentación que se refiere en la Sentencia."





Afirma que en ningún momento niega la realidad de las afirmaciones vertidas en el acta de inspección, sino todo lo contrario.

Mantiene que lo que por ella se *“ha reiterado por activa y por pasiva es que, lo único que ha sido acreditado tanto en el curso del procedimiento administrativo, como en el procedimiento judicial tramitado, es precisamente lo que se afirma por el inspector en el acta levantada por éste, es decir, que el pasado 18 de octubre de 2011 a las 12 horas se observan los siguientes hechos:*

-No ejercer personalmente la actividad el titular de la autorización (art. 30.1.c) y 25.b) Ord. V. ambulante, inf. Lev).

-Vender productos distintos de los autorizados (art. 30.2.c) y 26.a.) Ord. V. ambulante, inf. Gr.) VENDE: Souvenirs (además del producto autorizado).

Al respecto de dicha acta, no puede dejar de hacerse referencia a que se trata de un formulario en el que se establece un listado de posibles infracciones, las cuales, además, no derivan de la Ordenanza aplicable al asunto en cuestión, sino de la Ordenanza reguladora a la Venta Ambulante, lo que implica que el inspector marca la casilla correspondiente al hecho que mejor encaje pueda tener en el constatado.”

Añade que: *“la pretensión de esta parte no se basaba en lo incierto de las afirmaciones vertidas en el acta de inspección, sino que en contra de lo afirmado en ella, SE LE SANCIONA POR HECHOS DISTINTOS DE LOS RECOGIDOS EN DICHA ACTA, es decir que, mientras el acta de inspección afirmaba que mi mandante no ejercía personalmente la actividad, como titular de la autorización así como que vendía, al margen de los productos autorizados, otros distintos a éstos, la sanción impuesta lo es como responsable de los hechos denunciados, de arrendamiento o cesión a [REDACTED] del quiosco de prensa [REDACTED]*

Tal discrepancia es, por tanto, la que lleva a esta representación a argumentar en su favor, el respeto a los principios de tipicidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, pues, en el caso que ha sido objeto de enjuiciamiento, SE HA IMPUESTO UNA SANCIÓN POR UNOS HECHOS DISTINTOS DE LOS CONSTATADOS POR EL INSPECTOR ACTUANTE EN SU DÍA, sin más actividad probatoria que la propia acta elevada por el indicado inspector.”

Considera que: *“no ejercer personalmente la actividad el titular de la autorización”, no es sinónimo de “arrendar, traspasar o ceder en cualquier forma la instalación”, sin embargo, tal evidencia se hace patente cuando la propia “Ordenanza reguladora de quioscos y otras instalaciones similares en la vía pública”, recoge ambos hechos como constitutivos de dos, infracciones, no sólo plenamente diferenciadas, sino*





con calificaciones distintas y, consecuentemente con sanciones dispares.

Así, dispone el artículo 12.5 de la indicada ordenanza la obligación siguiente:

Art. 12- Obligaciones:

Los titulares de las licencias deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

(...)

5. Efectuar personalmente la explotación, pudiendo auxiliarse mediante empleados contratados según la reglamentación laboral vigente, con un máximo de dos, los cuales estarán recogidos en la autorización. Dichas personas autorizadas serán igualmente responsables por los actos previstos en el régimen sancionador, con las salvedades del alcance de la sanción por razón de titularidad o autorización.

Y califica como infracción grave el incumplimiento de dicha obligación al disponer el artículo 15.2 de la indicada ordenanza lo siguiente:

Artículo 15. Infracciones:

En aplicación de lo recogido en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local, y en el artículo 168 el Decreto 18/2006, de 24 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, se tipifican las siguientes infracciones:

(...)

3. Infracciones Muy Graves

c) La transgresión de las prohibiciones señaladas en los números 7 y 8 del artículo 13.

(...)

Por tanto, con ello se hace evidente cómo la ordenanza diferencia dos hechos infractores distintos, "no efectuar personalmente la explotación, pudiendo auxiliarse mediante empleados contratado según la reglamentación laboral vigente, con un máximo de dos, las cuales estarán recogidas en la autorización", sancionado como infracción grave, y por otro lado "arrendar, traspasar o ceder en cualquier forma la instalación, si no es al que resulte adjudicatario de la licencia", sancionado como infracción muy grave".

QUINTO.- Pues bien , una vez fijados los términos del debate en esta segunda instancia, hemos de comenzar por señalar que del examen de lo actuado en la instancia, la Sala no puede sino concluir en forma idéntica a la acertadamente expuesta por la Juzgadora a quo, en los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y que comparte en su integridad, debiendo rechazar el recurso por las siguientes razones:

1.- Porque la valoración de la prueba incumbe exclusivamente al Juez de





instancia, en aplicación de los principios de inmediación y oralidad; de modo que aun cuando la Sala tenga facultades absolutas de revisión de la sentencia recurrida, se halla limitada por tal valoración, que sólo quedará sin efecto cuando se aprecie un manifiesto error o resulte de todo punto ilógica o irracional tal valoración.

2.- Porque en el supuesto de litis, a la vista de los datos objetivos que resultan de las actuaciones, debemos compartir los razonamientos formulados por el Juzgador, pues de la prueba aportada no es posible deducir el nexo causal pretendido. Un examen de las pruebas practicadas, se concluye en el acierto de la Sentencia objeto de recurso. Toda vez que de las mismas el modo alguno puede concluirse en que se haya acreditado la existencia de una mala praxis médica, ni perjuicios a consecuencia de una demora o insuficiencia de medios. Efectivamente, tal y como se mantiene por la Juzgadora "a quo" la prueba pericial practicada a instancia de la parte recurrente en modo alguno puede desvirtuar dicha consideración, toda vez que el modo alguno concreta las pruebas que hubieron de ser realizadas y el momento oportuno de su realización.

3.- Por lo expuesto, no se aprecia un manifiesto error en la valoración de la prueba, pretendiendo el apelante sustituir su criterio valorativo parcial y subjetivo por el objetivo e imparcial del juzgador. La Sala no considera que el Juzgador de instancia haya realizado una apreciación de la prueba anómala, irracional o arbitraria

No hay que olvidar que, sobre la apreciación de los hechos, en principio, cabe respetar la valoración realizada por la Juez de instancia, dada la inmediación en la práctica de la prueba, y fundamentalmente si dicha valoración no se manifiesta o evidencia ilógica, irracional, arbitraria o absurda, o conculcatoria de principios generales del derecho (sentencias del TS de 22-9-1999 o 5-2-2000); debiendo tener, además en cuenta que no está permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la parte (sentencias de 17-5-1999 y 5-5-2000). También resulta oportuno recordar los criterios jurisprudenciales que acotan la facultad conferida al órgano judicial de apelación en orden a la revisión de la valoración de la prueba practicada en la primera instancia: La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial, singularmente la prueba de declaración de testigos, es función básica del juzgador de instancia. Esta valoración por el órgano judicial de instancia solo podrá ser revisada con fundamento en la apreciación de que la actuación judicial valorativa infringe el derecho de la prueba, incluido el que se





deduzca de los principios generales del derecho, o las reglas de la lógica(sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio , 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recurso de casación 3865/2003 , 9742/2003 7568/2003 ; así como las citadas en las mismas, de 6 y 17 de julio de 1998 , 27demarzo , 17 de mayo , 19 de junio , 12 de julio , 22 de septiembre , 6 y 18 de octubre , 2 y 19 de noviembre , 15 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 5 de febrero , 20 de marzo , 3 de abril , 5 de mayo , 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 , 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

Luego encontrándonos con que en el supuesto que nos ocupa y conforme a lo anterior el apelante al combatir la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, vuelve a reiterar su criterio parcial y subjetivo en relación a la sanción impuesta. La Sala, no aprecia error interpretativo alguno en relación a las cuestiones suscitadas en el recurso, que fueron estudiadas por aquél en forma detallada y exhaustiva, con recta objetividad e imparcialidad, que pugna con la razón interesada de parte, que por ello resulta improsperable en esta alzada. Al igual que el Juzgador de Instancia y la apelada esta Sala no considera concluyentes ni definitivas las pruebas presentadas por la ahora apelante compartiendo los óbices a las mismas expuestas por ambos. Hubiera podido la actora traer al proceso como testigo a la persona que se encontraba al frente del quiosco para que esta hubiera ratificado sus afirmaciones. Era la prueba mas simple que podía haberse realizado . Y, sin embargo, se ha prescindido de una prueba que la Sala considera de la mayor importancia a la hora de aclarar la relación que unía a ambas.

Por otra parte que el Juez de instancia yerre al decir en su sentencia si la recurrente se opone o no al acta de la inspección no tiene mas relevancia si, como mantenemos, llega a una conclusion correcta.

Y en cuanto al acta de denuncia los conceptos que recoge son los que la misma tiene impresos sin hacer diferencia entre arrendamiento o cesión del negocio y la contratación de personal para trabajar en el mismo.

La Administración tras el estudio de las alegaciones y pruebas presentadas por la titular del quiosco ha llegado a la conclusión de aplicar las sanciones que ha considerado pertinentes, por lo que no consideramos conculcados los principios de tipicidad ni tampoco la presunción de inocencia pues se han valorado aquellas pruebas y alegaciones.

Asimismo la Sentencia ha justificado cabalmente por qué no es desproporcionada la sanción impuesta al existir reiteración en la conducta por parte de la apelante.

Corresponde, por tanto, la desestimación del recurso de apelación por el





concurso de las anteriores consideraciones.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición a la apelante de las costas procesales en aplicación del art. 139.2 LJCA, que se limitan por la Sala (art. 139.3 LJCA) a un importe máximo de 400 euros.

Vistos los artículos citados y los demás de general y particular aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el presente Recurso de Apelación, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en el mismo, que se limitan por la Sala a un máximo de 400 euros por todos los conceptos.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su notificación y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados antes mencionados, firmando por D. Santiago Cruz Gómez, la Presidente, Doña María del Rosario Cardenal Gómez quien estuvo en la deliberación, pero no pudo firmar

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.

