



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº5 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: 951939075-677982332(FN,FL,JG)-677982333 (MA,AL) Fax: 951-93-91-75 (FAX) - (SA,GS)677982331

N.I.G.: 2906745320190001430

Procedimiento: Procedimiento abreviado 206/2019. Negociado: MA

Recurrente: [REDACTED]

Letrado: MARIA LUZ GOMEZ MORANT

Procurador: LAURA FERNANDEZ FORNES

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA

Acto recurrido: VENTAS DE BEBIDAS ALCOHOLICAS PARA EL CONSUMO FUERA ESTABLECIMIENTO (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MALAGA)

SENTENCIA Nº 658/2019

En la Ciudad de Málaga, a 19 de diciembre de 2019.

Visto por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. CINCO de Málaga y Provincia, lltmo. Sr. Dr. D. LORENZO PÉREZ CONEJO, el recurso contencioso-administrativo tramitado como Procedimiento Abreviado nº 206/2019, interpuesto por [REDACTED] representado por la Procuradora Sra. Fernández Fornes y asistido por la Letrada Sra. Gómez Morant, contra la resolución del Director de Medio Ambiente y Sostenibilidad por suplencia del Gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 26 de noviembre de 2018, por la que se inadmite la solicitud de revisión de acto nulo de pleno derecho formulada el día 5 de octubre de 2018 con relación a la resolución de 22 de febrero de 2018, por la que se impone una multa de 1.000 euros, representada y asistida la Administración Local demandada por la Sra. Letrada Municipal, fijándose la cuantía del recurso en el montante de la sanción pecuniaria impuesta.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La demanda de recurso contencioso-administrativo fue formalizada el día 12 de febrero de 2019, siendo remitida a este Juzgado por el Decanato en registro y reparto realizado el día 14 de febrero de 2019.

SEGUNDO.- Por Decreto de 9 de abril de 2019 se acuerda su tramitación conforme al Procedimiento Abreviado, habiéndose requerido a la Administración demandada el envío del expediente administrativo con al menos quince días de antelación del término señalado para la Vista, cuya celebración se señala para el día 21 de noviembre de 2019.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones normativas de general y particular aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución del Director de Medio Ambiente y Sostenibilidad por suplencia del Gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios (Decreto de 06/02/2018) del Excmo.



Ayuntamiento de Málaga de 26 de noviembre de 2018, notificada el día 14 de diciembre de 2018, por la que se inadmite la solicitud de revisión de acto nulo de pleno derecho formulada el día 5 de octubre de 2018 con relación a la resolución sancionadora de 22 de febrero de 2018, expte. sancionador nº 3958/2017, por la que se impone al recurrente una multa de 1.000 euros por la presunta comisión de una infracción administrativa grave consistente en la venta o dispensación de bebidas alcohólicas por parte de los establecimientos de hostelería o de esparcimiento para su consumo fuera del establecimiento y de las zonas anexas a los mismos debidamente autorizadas, de conformidad con lo establecido en el art. 106.3 de la Ley 39/2015 en relación con el art. 23.1.e) de la Ordenanza Municipal para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga publicada en el BOP de 30 de noviembre de 2010 y modificada en el BOP de 14 de febrero de 2013 y de 12 de abril de 2017.

SEGUNDO.- La pretensión que se ejercita por la parte actora es el dictado de sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución recurrida y, en su caso, estimar igualmente la nulidad del expediente sancionador 3958/2017, en aras del principio de economía procesal.

Por la Letrada del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en la representación y defensa que ostenta de la Corporación Municipal recurrida, se solicita que se dicte una sentencia por la que se desestime la demanda y se confirme el acto impugnado por ser conforme a Derecho o, subsidiariamente, en caso de ser anulado se



retrotraigan las actuaciones procedimentales en vía administrativa.

TERCERO.- La potestad administrativa sancionadora se regula tanto a nivel principal como procedimental, siguiendo las pautas marcadas por el Derecho Punitivo, en los arts. 127-138 del Tit. IX de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actuales Leyes 39/15 y 40/15, de 1 de octubre de 2015), siendo desarrollada por el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento en materia de potestad sancionatoria, y en la materia que nos ocupa por el Decreto andaluz 165/2003, de 17 de junio y la Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre y, especialmente, la Ordenanza Municipal para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga publicada en el BOP de 30 de noviembre de 2010 y modificada en el BOP de 14 de febrero de 2013 y de 12 de abril de 2017.

Toda sanción administrativa debe adoptarse a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución (STC 125/1983, FJ 3º; o STC 70/2012, de 16 de abril de 2012, FJ 1º). Por ello, la actividad probatoria de cargo desplegada por la Administración debe ser suficiente para enervar la presunción de inocencia y tramitada en un procedimiento legalmente cursado con respeto del esencial principio de audiencia.

El TC tiene reiteradamente establecido (e igualmente el Tribunal de



Derechos Humanos, Sentencias de 8 junio 1976 -asunto Engel y otros-, de 21 febrero 1984 -asunto Oztürk, de 28 junio 1984 -asunto Cambell y Fell-, de 22 mayo 1990 -asunto Weber-, de 27 agosto 1991-asunto Demicoli-, de 24 febrero 1994 -asunto Bendenoum-) que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, *con ciertos matices*, en el procedimiento administrativo sancionador y, así el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982 y 37/1985, 42/1989, 76/1990, y 138/1990), que ha sido incorporada por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común ya desde el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, ya sean penales o ya sean administrativas pues el ejercicio del "ius puniendi", en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba ("onus probandi") corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.



Ello sin perjuicio, por un lado, de la validez de la prueba indiciaria, como recuerda la STS, Sala 3ª, de 5 de abril de 2006, con relación a la doctrina constitucional sobre la adecuación de la prueba indiciaria al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así, se señala que "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Y, por otro lado, una vez se aporta por la Administración prueba de cargo bastante pasa a la parte recurrente la carga de probar lo que alega para fundar su irresponsabilidad (STS 4 marzo 2004, 4 noviembre 2003 y 10 diciembre 2002, Ar. 2116, 8022 y 2465/03, respectivamente, y STC 129/2003).

CUARTO.- Ahora bien, la resolución sancionadora de 22 de febrero de 2018 por la que se impuso al demandante la multa de 1.000 euros, basándose en la propuesta de resolución prescindiendo del trámite de audiencia según lo dispuesto en el art. 82.4 de la Ley 39/2015, fue



notificada personalmente el día 13 de marzo de 2018, sin que la misma fuese recurrida en tiempo y forma por lo que la misma devino firme y consentida, instándose en fecha 5 de octubre de 2018 la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho ("ex" art. 106 de la Ley 39/2015) con fundamento en la falta de competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, la caducidad del expediente, la falta de responsabilidad en el sancionado, la inexistencia de infracción y la falta de prueba del hecho infractor, todos los cuales podían y debían haber sido esgrimidos contra la resolución sancionatoria en el momento procedimental oportuno, empero, se utiliza un medio extraordinario que debe ser interpretado de forma restrictiva, al igual que el recurso extraordinario de revisión (art. 125 de la Ley 39/2015), según reiterada y pacífica jurisprudencia, "ya que, de lo contrario, estaríamos ante una vía indirecta de impugnación para *reabrir plazos* frente a actos que han ganado firmeza" (STS de 30 de junio de 2004, recurso nº 4061/2001, entre otras).

La parte actora esgrime como argumentos impugnatorios de la resolución recurrida por la que se inadmite la solicitud de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho planteada su dictado por un órgano manifiestamente incompetente, por haber sido dictada por suplencia, la nulidad de la sanción por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, la nulidad por omisión del trámite de audiencia, la falta de motivación y el incumplimiento de la obligación de tramitar y resolver en cuanto al fondo, habiéndose referido específicamente en el recurso de revisión con base en el art. 47.1 de la Ley 39/2015 a la incompetencia manifiesta del órgano, a la



caducidad del expediente sancionador, a la inculpabilidad al tener el local alquilado y haberlo comunicado, la vulneración del derecho de defensa, la falta de trámite de audiencia y la infracción de los principios de confianza legítima, objetividad, legalidad, seguridad jurídica y de buena administración.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la incompetencia del órgano-resolutor (art. 47.1.b)), el ejercicio de la potestad sancionadora en expedientes como el de autos compete a la Alcaldía-Presidencia ("ex" art. 16 de la Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre), la cual consta delegada al Gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios (Gestrisam) mediante resolución de 16 de noviembre de 2010 (BOP de Málaga nº 241, de 21 de diciembre de 2010), aportada por la parte demandada en el Acto de la Vista (doc. nº 1)

En el Plenario, al igual que en el P. A. nº 451/19, la parte recurrente aporta el Decreto de delegación del ejercicio de la potestad sancionadora de 5 de julio de 2019, publicado en el BOP de Málaga nº 140, de 23 de julio de 2019, mediante el que se delega en la Tenencia de Alcaldía de Economía y Hacienda, siendo de fecha posterior a los hechos enjuiciados en los que regía el anterior de 16 de noviembre de 2010 y sin que revoque al mismo sino que se trata de una nueva reorganización con base en la potestad de autoorganización administrativa.

SEXTO.- Respecto a la invocada nulidad por suplencia, el Decreto de 6 de febrero de 2018 delega en el titular de la Gerencia del Organismo



Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios (Gestrisam) el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de infracciones de la Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana que sea competencia de la Alcaldía-Presidencia (art. 39.3 del Decreto andaluz 165/2003, de 17 de junio y art. 16 de la Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre), lo que incluye todas las fases procedimentales desde la incoación del expediente sancionador hasta el dictado de la oportuna resolución sancionatoria, apareciendo tanto la referencia a la delegación de la Alcaldía como la suplencia de la Gerencia de Gestrisam en la resolución sancionadora de 22 de febrero de 2018 (folio 23 del expediente administrativo).

Sobre este extremo, según el informe del Secretario Delegado del Consejo Rector de "Gestrisam" de 30 de abril de 2019, la suplencia ha venido motivada por la vacante del titular de dicho Organismo Autónomo causada por incapacidad permanente de su titular con fecha 18 de enero de 2018, pudiendo delegar directamente el Alcalde en un Director General ("ex" art. 124.5 de la LBRL 7/1985), por lo que no tiene lugar un supuesto de delegación de competencias encubierta o soterrada bajo la cobertura de una mera suplencia.

SÉPTIMO.- En lo relativo a la aducida causa de nulidad por tratarse de un acto administrativo dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1.e) de la Ley 39/2015), con base en la omisión del trámite de audiencia a pesar de que se realizaron alegaciones, puesto que el art. 82.4 de la Ley 39/2015 dispone que se podrá prescindir de dicho trámite cuando no figuren en



el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, como acontece en el supuesto de autos, sin que en todo caso se haya prescindido del procedimiento legalmente establecido de forma total y absoluta de manera que suponga indefensión material o sustantiva, como exige la jurisprudencia del TC y TS, tratándose en el peor de los casos de una mera irregularidad formal no invalidante, habiendo sido adecuadamente motivada la resolución recurrida, de manera suficiente aunque sucinta, dando cumplimiento al art. 35 de la Ley 39/2015 y a la jurisprudencia del TC y TS.

OCTAVO.- Por lo que respecta al invocado art. 47.1.f) de la Ley 39/2015 no es de aplicación al caso que nos ocupa de naturaleza sancionadora ya que el mismo se refiere a actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

En cuanto a la alegada caducidad del procedimiento sancionador se trata de una cuestión de legalidad ordinaria sin encaje en el art. 47.1 de dicho texto legal, pero que en todo caso no puede prosperar dado que desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución sancionadora no transcurre el plazo de un año establecido en el art. 15.4 de la Ley 7/2006, periodo del que ya se informó en los traslados de iniciación e imposición de la sanción, sin que tampoco se pueda aplicar el Reglamento del Ayuntamiento de Málaga para el ejercicio de la potestad sancionadora por comisión de infracciones leves a una infracción grave como la del asunto litigioso.



Asimismo, no se pueden acoger los alegatos de inimputabilidad o inculpabilidad del recurrente por haber arrendado el local a un tercero y haber comunicado dicha circunstancia en noviembre de 2016, ya que en todo caso es el titular de la licencia de apertura del local de 39 m2 ubicado en [REDACTED] con el nombre comercial de [REDACTED] licencia municipal nº 1067/2000, de 2 de noviembre de 2000 (doc. nº 2 de los aportados por la parte demandada en el Acto de la Vista), y como titular de dicha licencia de apertura resulta responsable de la conducta infractora denunciada y sancionada (STSJA, sede de Málaga, Sección 1ª, de 3 de mayo de 2006), sin que conste que haya tenido lugar un cambio de titularidad en la licencia municipal de apertura, constituyendo el contrato de arrendamiento al que se hace referencia un simple documento contractual que genera una relación jurídico-privada "inter partes".

NOVENO.- Por último, por lo que se refiere a la causa de nulidad del art. 47.1.a) de la Ley 39/2015 en cuanto posible vulneración del derecho de defensa al no consignarse en el Acta de Inspección la descripción del hecho imputado y/o el interrogatorio a las personas que sacaron bebidas alcohólicas del establecimiento comercial denunciado, lo que hace referencia al aparato probatorio en que se apoya la resolución sancionadora, hay que partir de la presunción legal de acierto y veracidad de los documentos formalizados por los funcionarios en cuanto agentes de la autoridad, los cuales hacen prueba de los hechos constatados por los mismos ("ex" art. 77.5 de la Ley 39/2015, anterior art. 137.3 de la Ley 30/1992), salvo prueba en



contrario, sin que se haya articulado prueba suficiente en contrario por la parte demandante, ni tan siquiera con la prueba conexa con relación a los P. A. nº 451/19 y 259/19 ("ex" art. 61.5 de la LJCA).

Por lo tanto, la parte actora ha incurrido en el tipo infractor previsto en el art. 23.1.e) de la mencionada Ordenanza Municipal de Málaga, que se califica como infracción administrativa grave en el art. 7.3 de la citada Ley 7/2006 y en el art. 9.1.b) de dicho texto legal y en el art. 25.2 de dicha Ordenanza, por lo que no puede ser catalogada como leve, llevando aparejada multa de 301 a 24.000 euros, habiéndose impuesto en el presente caso una multa de 1.000 euros teniendo en cuenta la circunstancia agravante de reincidencia en los expedientes sancionadores nº 2306/2016 y 2458/2016 (art. 43.e) de la Ley 7/2006), [de un total de 92 expedientes], habiéndose respetado los principios de confianza legítima, objetividad, legalidad, seguridad jurídica y de buena administración, así como el principio de proporcionalidad al llevar a cabo la graduación sancionatoria conforme a los criterios que rigen la denominada dosimetría punitiva.

Por todo lo cual procede desestimar la demanda articulada en el presente recurso contencioso-administrativo y confirmar la resolución recurrida por ser ajustada a Derecho, tal y como ha tenido lugar en supuestos similares (en cuanto a las resoluciones sancionadoras de instancia dictadas) en la Sentencia del Juzgado de igual clase núm. 3 de esta Capital nº 349/17, de 24 de julio de 2017 (P. A. nº 270/15) y en las Sentencias de este mismo Juzgado nº 107/16, de 23 de marzo de 2016 (P. A. nº 10/16) y nº 133/16, de 18 de abril de 2016 (P. A. nº 9/16).



DÉCIMO.- En virtud de lo establecido en el art. 139.1 de la Ley de Enjuiciamiento Administrativo de 13 de julio de 1998, tras la reforma dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en concordancia con el art. 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente al haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad conferida por el Pueblo Español a través de la Constitución y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLO

Que debo **desestimar y desestimo** la demanda formalizada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] tramitado como P. A. nº 206/2019, contra la resolución administrativa que se expresa en el Fundamento Jurídico Primero, confirmándola por ser ajustada a Derecho, con imposición de las costas a la parte actora.

Contra la presente Resolución no cabe interponer recurso de apelación de acuerdo con lo establecido en los arts. 81.1.a) y 85.1 de la Ley Rituaria Contencioso-Administrativa, al haberse fijado la cuantía definitiva del presente procedimiento de común acuerdo entre las partes en el Acto de la Vista en 1.000 euros.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos y devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi Sentencia firme, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.-