

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 Málaga

Procedimiento Abreviado nº 273/2019

Magistrado: Óscar Pérez Corrales

Recurrente: 

Letrada y procuradora: M^a Luz Gómez Morant y Laura Fernández Fornes

Demandado: Ayuntamiento de Málaga, asistido y representado por M^aLuisa Pernía Pallarés, letrada municipal

SENTENCIA Nº 364/20

En Málaga, a 13 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- 1. El día 27-2-2019 se interpuso recurso c-a frente a la resolución de 11-12-2018, del director general de Medio Ambiente y Sostenibilidad (por suplencia del gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria - por delegación del alcalde por decreto de 6-2-2018 -, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 27-9-2018 que impuso al recurrente una sanción de 3000 € por infracción grave del artículo 23.1 e) de la ordenanza para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga.

2. Se dictó decreto de admisión a trámite el día 6-3-2019, señalándose para la celebración del juicio el día 11-11-2020, que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Es objeto de recurso c-a la resolución de 11-12-2018, del director general de Medio Ambiente y Sostenibilidad (por suplencia del gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria - por delegación del alcalde por decreto de 6-2-2018 -, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 27-9-2018 que impuso al recurrente una sanción de 3000 € por infracción grave del artículo 23.1 e) de la ordenanza para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga.

2. La resolución cuya invalidez se reclama tiene su origen en el procedimiento sancionador nº 1422/2018 incoado el día 18-5-2018, y se refiere a hechos ocurridos a las 00.40 h. del día 18-2-2018 que se estima integran una infracción grave del artículo 23.1 e) de la ordenanza para la garantía de la convivencia





ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga, en relación con el 25.2 (vender o dispensar bebidas alcohólicas para su consumo fuera del establecimiento o terraza autorizada), siendo el establecimiento el nominado [REDACTED] en la plaza del Marqués del Vado Maestre.

SEGUNDO.- Alegaciones referidas a nulidad de pleno derecho del acto originario sancionador por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente; también nulidad de ella resolución o de ella reposición por haber sido dictada por suplencia, no existiendo causa de vacante, ausencia o enfermedad e incumpliendo el requisito de temporalidad.

Aun cuando no cita el recurrente el artículo 47.1 b) ley 39/2015 (actos nulos de pleno derecho *por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia*), a este artículo habrá que estar (esto es, se requiere que la incompetencia sea por razón de la materia y, además, manifiesta) cuando imputa tal defecto tanto a la decisión de inadmisión como a la propia resolución sancionadora que se considera nula de pleno derecho por ello.

Al respecto cabe decir, en primer lugar, que entendida la competencia como "la medida de potestad atribuida a cada órgano" (palabras que tomo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso de derecho Administrativo I, Civitas), no pudiendo olvidarse que la competencia es irrenunciable y que se ejercerá, precisamente, por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, a salvo los casos de delegación o avocación (así lo dice el art. 8.1 ley 40/2015). Ahora bien, el proceso de distribución de competencias entre órganos arranca en la atribución a la Administración, en cuanto persona jurídica, de una determinada potestad, y si esta norma previa habilitante falta o si ha perdido vigencia o si es inaplicable en un caso concreto, el órgano administrativo implicado será manifiestamente incompetente para actuar, ya que lo es, incluso, la persona jurídica a la que pertenece. Si la competencia es la "medida de potestad atribuida a cada órgano", no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir. De donde resulta que la falta de potestad será el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos.

Este no es, sin embargo, el supuesto que plantea el recurrente (no discute que hay potestad). Ahora bien, tampoco hay afectación de la competencia funcional, pues si consideramos que la conducta tipificada como grave en la ordenanza municipal consiste 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*, y que ello es sustancialmente coincidente con la acción típica que describe el artículo 7.3 de la ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía (es infracción grave *la venta o dispensación por parte de los establecimientos de hostelería o de esparcimiento de bebidas alcohólicas, para su consumo fuera del establecimiento y de las zonas anexas a los mismos debidamente autorizadas*), previendo el artículo 16 que la competencia sancionadora corresponde al alcalde (lo que nos sitúa en la atribución expresa de competencias al alcalde prevista en el apartado f) del art. 124.4 LRBRL), es claro que la resolución sancionadora fue dictada por el órgano competente, el alcalde (dentro del régimen de los municipios de gran población), como también la resolución de la reposición, que corresponde al mismo órgano que dictó el acto recurrido (art. 123.1 ley 39/2015).

Y si a lo anterior añadimos que el apartado 5 permite al alcalde delegar mediante decreto las competencias anteriores en la Junta de Gobierno Local, en sus





miembros, en los demás concejales y, en su caso, en los coordinadores generales, directores generales u órganos similares, a salvo excepciones que no abarcan a las competencias del apartado ñ), dictadas ambas resoluciones por delegación (con expresión de los decretos, por lo demás, aportados por la letrada municipal en fase de prueba), la conclusión no puede ser si no la de la manifiestamente infundada afirmación de falta manifiesta de competencia por razón de la materia, cuestión, por lo demás, en la que no se centra el recurrente.

Y en relación con la suplencia, que no supone alterar la competencia (párrafo segundo del art. 8.1 ley 40/2015), el propio decreto de delegación de 6-2-2018 dictado por el alcalde (BOP 16-3-2018) prevé no solo la delegación si no la suplencia, lo que nos aleja de manera evidente del carácter de incompetencia "manifiesta", que es, dice la STS, Sala 3ª, secc. 4ª, de 15-06-2011 (rec. 3187/2007) *aquella que no exige un esfuerzo dialéctico de comprobación o, dicho de otro modo, como también ha tenido ocasión de reiterar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de ser clara, incontrovertida y grave, sin que sea precisa una labor previa de interpretación jurídica (SSTS de 12 de junio de 1986 y 22 de marzo de 1988, entre otras muchas), utilizando términos tales como "patente" u "ostensible" o "notoria" para adjetivar la incompetencia.* Por lo demás, es obvio que no puede afirmarse el carácter de manifiesta falta de competencia (patente, manifiesta, ostensible, no precisada de interpretación jurídica, clara, incontrovertida, grave) por el hecho de que una suplencia pueda durar nueve meses, como afirma la recurrente, pues aparte de no quedar ello probado (la continuidad), no parece que exista inconveniente alguno en considerar que haya una vacancia, ausencia o enfermedad por ese plazo (art. 13.1 ley 40/2015). Pero, además, aun cuando no fuese así, también habrá de recordarse que ni la incompetencia jerárquica ni la funcional relativa integran un vicio de nulidad de pleno derecho si no, todo lo más, un vicio de anulabilidad del art. 48 ley 39/2015, que al ser de forma solo determinará la nulidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión de los interesados, cuestiones sobre las que no se reflexiona, no detectándose, por lo demás, que clase de indefensión ha podido causarse.

TERCERO.- Caducidad del procedimiento

Sobre la caducidad del procedimiento, este vicio integra una causa de nulidad de pleno derecho por haberse dictado una resolución prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Téngase en cuenta (STS, 3ª, secc. 3ª, de 19-3-2018, rec. 2054/2017) que la esencia de la caducidad de un procedimiento es que queda inhabilitado como cauce adecuado en el que poder dictar una resolución válida sobre el fondo, sancionándose con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.

Aun cuando la ordenanza municipal se refiere en su artículo 48 al RD 1398/1993, incoado el procedimiento sancionador el día 21-12-2016 (ya vigente la ley 39/2015), aquella referencia normativa quedó sin efecto por causa de su derogación por la ley 39/2015 (disposición derogatoria única 1.e), de donde resulta que hay que acudir a la legislación sectorial, que ya hemos visto que aparece integrada por la ley 7/2006, cuyo artículo 15.4 se refiere a un plazo de caducidad del procedimiento de un año, plazo que se respeta si atendemos a la fecha de incoación (18-5-2018) y de notificación el día 18-10-2018 de la resolución sancionadora de 27-9-2018. Y respecto a la alegación referida a la indicación incorrecta del plazo de caducidad en el acuerdo de incoación, ello, de ser así, solo integraría una infracción del ordenamiento jurídico solo canalizable como vicio de anulabilidad del artículo 48 ley 39/15 y, como en el caso anterior, determinaría un defecto de forma sobre cuya indefensión material nada dice.





CUARTO.- Ausencia de propuesta de resolución

Considera la parte recurrente que la resolución sancionadora, precedida de la propuesta de resolución, omitió el debido traslado, infringiendo así el artículo 89.2 ley 39/2015, que dispone que *en el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes.*

Frente a ello, considera la Administración que es de aplicación el art. 82.4 ley 39/2015 cuando dispone que *se podrá prescindir del trámite de audiencia 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.* Resulta así que puede prescindirse del trámite de audiencia si ello no ocasiona una merma del derecho de defensa, merma que se producirá si la propuesta de resolución hubiera ampliado los hechos en los que se sustentaban las sanciones o hubiera implicado un cambio de calificación, nada de lo cual ocurrió en el caso, pues en el acuerdo de incoación del que se confirió traslado para alegaciones se precisó el hecho, la calificación, las circunstancias agravantes, la sanción, sin que en las alegaciones se propusiera prueba. Por tanto, no existe indefensión alguna para el recurrente (cfr. STS, Sala 3ª, secc. 3ª, de 26-6-2012, rec. 6447/2008 ECLI: ES:TS:2012:4899, que en procedimiento sancionador en el que no se había conferido traslado para audiencia tras la propuesta de resolución, sí apreció esa indefensión porque se habían ampliado los hechos).

QUINTO.- Sobre la falta de prueba de los hechos por los que se sanciona y la falta de culpabilidad

1. Considera el recurrente que no existe prueba de cargo suficiente. Sin embargo, del acta de inspección y denuncia y la ratificación posterior de los agentes resulta que éstos vieron (aprehendieron con sus sentidos) cómo del local salían personas con bebidas alcohólicas que permanecían en la vía pública consumiendo.

Conforme al art. 77.5 ley 39/2015, los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario. Se trata, por tanto, de una presunción de certeza de los hechos que, en el caso, vieron los agentes denunciadores, presunción que podría haber sido intentado desvirtuar por el recurrente, bien solicitando su declaración en el procedimiento administrativo con posibilidad de formularles preguntas, bien haciendo lo propio en este proceso judicial (que sería obligado haber acordado de ser propuesta conforme al art. 78.23 LJCA en relación con 60.3 del mismo texto legal).

Existe, por tanto, prueba de cargo derivada de la expresada presunción de veracidad de los hechos vistos por los agentes denunciadores y consignados en el acta: vieron salir personas del establecimiento con bebidas alcohólicas adquiridas en él y para ser consumidas en la vía pública. La destrucción de la veracidad no puede alcanzarse por la sola manifestación del recurrente de no hacerse constar en el acta quiénes consumían o por qué se sabía que era una bebida alcohólica, pues incluso con esa omisión sigue existiendo una narración de los agentes denunciadores haciendo constar que vieron personas salir del establecimiento con bebidas alcohólicas que consumían en el exterior. Era la testifical de los agentes





el medio adecuado para intentar poner en duda su testimonio y solicitar las aclaraciones y precisiones que se tuvieran por conveniente. No se considera, en fin, que lo importante sea saber quiénes eran las concretas personas que consumían en la calle para preguntarles si ello era así y si la bebida contenía alcohol (es más, su testimonio tendría escaso valor e incluso podría pensarse que aunque negaran la consumición de bebidas alcohólicas fuera del establecimiento, no por ello solo quedaría sin más destruida la presunción de veracidad, pues habría que valorar todos los testimonios). Lo verdaderamente importante hubiese sido someter a crítica a través de las adecuadas preguntas lo dicho por los agentes denunciadores al fin de verificar si realmente vieron lo que expresaron en el acta (dónde estaban; entraron en el local o no; cómo sabían que se trataba de bebidas alcohólicas, etcétera).

2. Sobre el alegado arrendamiento del local a un tercero, aporta un documento el recurrente refiriéndose a un arrendamiento del negocio de la plaza Marqués del Vado Maestro nº 1, siendo que la Administración aporta dos expedientes relativos a licencias de apertura, uno para el establecimiento nominado [REDACTED] (nº 5, aunque en el acta se dice nº 6) y otro en la misma plaza nº 1 nominado [REDACTED] en el que sí se anota el arrendamiento.

3. La desestimación del recurso comporta imponer al recurrente las costas causadas en la instancia.

FALLO

DESESTIMO el recurso c-a interpuesto por [REDACTED] frente a la resolución de 11-12-2018, del director general de Medio Ambiente y Sostenibilidad (por suplencia del gerente del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria - por delegación del alcalde por decreto de 6-2-2018 -, desestimatorio de la reposición intentada frente a la de 27-9-2018 que impuso al recurrente una sanción de 3000 € por infracción grave del artículo 23.1 e) de la ordenanza para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga.

Las costas de la instancia se imponen a la parte recurrente.

No cabe recurso de apelación.

Así lo acuerda y firma Óscar Pérez Corrales, magistrado, lo que autorizo como letrada de la Administración de Justicia. Mónica Rojano Saura

"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."



