



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 6 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tlfno.: 951939076, Fax: 951939176, Correo electrónico: JContencioso.6.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220000449.

Procedimiento: Procedimiento Abreviado 62/2022. Negociado: 2

Actuación recurrida: (Organismo: GERENCIA COMERCIO, VIA PUBLICA Y FOMENTO EMPRESARIAL)

De: [REDACTED]

Procurador/a: ANA MARIA GOMEZ TIENDA

Ltrado/a:

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a:

Ltrado/a: S. J. AYUNT. MALAGA

SENTENCIA N.º 53/2024

En la ciudad de Málaga a 29 de febrero de 2024.

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 62/2022 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez Tienda en nombre y representación [REDACTED] asistida por el Letrado Sr. Santos Maraver contra el Ayuntamiento de Málaga contra resolución de imposición de sanción y ulterior desestimación de reposición por la comisión de infracciones de la Ordenanza de Mercados, representada y asistida la administración municipal por el Letrado Sr. Fernández Martínez, siendo la cuantía del recurso 2.500 euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 12 de febrero de 2022 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez Tienda en nombre de la recurrente arriba citada al modo del Procedimiento Abreviado contra la resolución sancionadora recaídas en el expediente 20/2021/7-8HU de 27 de diciembre de 2021 por la que se estimó parcialmente recurso de reposición respecto previa resolución por la que se impuso sanción a la parte actora por la comisión de la infracción contenida en el art. 33.3.d) de la Ordenanza Municipal reguladora del Mercado Minorista del Ayuntamiento de Málaga, dictada por el Director General de Comercio, Gestión de la Vía Pública y Fomento de la Actividad Empresarial previa delegación de la Junta Gobierno Local. En dicho escrito rector, tras exponer los hechos y razones que estimó de su interés, solicitó la revocación de la resolución impugnada por ausencia de tipicidad; subsidiariamente la minoración de la sanción pecuniaria impuesta y, todo ello con la expresa condena en costas de la administración recurrida.



Admitido a trámite las actuaciones, fue fijada vista para el día 7 de febrero del corriente año. Una vez llegado el señalamiento, se llevó a cabo el acto con la intervención de ambas representaciones. Tras ratificar la actora en su petición inicial, la representación de la administración recurrida se opuso dando en dicho acto y de forma verbal, las razones de su impugnación. Seguidamente, fijada la cuantía a instancias de la parte actora; y practicadas las pruebas que se admitieron por su pertinencia y utilidad, se elevaron a definitivas las respectivas alegaciones y pretensiones iniciales, siendo declarados los autos conclusos para Sentencia.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente, [REDACTED] se interesa el dictado de una Sentencia por la que, según el tenor literal del petitum, fuese revocada la sanción por falta de tipicidad, causa de exención de responsabilidad por concurrencia de causa de fuerza mayor y, subsidiariamente, la minoración del importe sancionador por menoscabo del principio de proporcionalidad. Tratando de acudir a la esencia del escrito rector, se le impuso una sanción por intentar una reapertura de puestos [REDACTED] y [REDACTED] del mercado de Huelin; y ello cuando se le hizo entrega no se le dio plazo para la reapertura. La experiencia indica que la reapertura de dos puestos ex novo y adaptarlo requiere con los servicios y requisitos necesarios, necesitaba de más de dos meses. Las actas de inspección en el expediente administrativo, cuatro en total, son todas a finales de mes y el 4 de octubre de 2021 se dice que lleva cerrado desde junio; pero a juicio de esta parte, aparece una regulación escalada de las sanciones que se suceden por faltas leves, graves y muy graves, en uno de los casos se habla de la falta de apertura y se hace por días. Entendía la recurrente que era de aplicación el art. 63,3 del a Ley 39/2015 1 de octubre. Sin embargo, el inspector añadió actas sucesivas para reunir la infracción más grave buscando el efecto punitivo y no el reparador. A su parcial entender, no era típica la conducta pues se habla tener cerrado por quince días hábiles. Pero requiere tener cerrado el puesto pero era la primera concesión a la actora. Además concurrieron sucesos desgraciados pues estaba en plena fase del COVID-19, la recurrente no pudo contratar los servicios hasta noviembre de 2021 y falleció su padre, circunstancias todas estas que le impidieron la apertura. Finalmente, entendía la recurrente que eran de aplicación atenuantes y, de forma analógica, el art. 66 del CP por lo que, al no hacerlo y ya con carácter subsidiario, se vulneraba el principio de proporcionalidad pues la multa debería haberse establecido entre los 600 y 1.000 euros y no en el siguiente grado. Con tales hechos, se reclamaba el dictado de Sentencia estimatoria con los pronunciamientos adelantados.

Frente a lo anterior y por el Letrado del Ayuntamiento de Málaga, se mostró rotunda oposición a lo interpelada de contrario; tanto con carácter principal como subsidiario. Por la representación municipal, con remisión a las actas unidas en el expediente administrativo, el puesto estuvo cerrado desde abril de 2021. Se calificaron como muy graves sin causa justificada y, con el recurso de reposición interpuesto por la actora y donde reconoció



mantener cerrado el puesto, se estimó parcialmente eliminando la sanción de revocación de la adjudicación inicialmente impuesta y minorando la sanción pecuniaria. Ya en cuanto a los argumentos de la contraria, sobre que no se estableció plazo, desde abril estaba cerrado como demostraban la actuación inspectora que gozaba de presunción de veracidad en virtud del art. 77,5 de la LPACAP. El tiempo transcurrido desde el otorgamiento, eran de siete meses. La recurrente, además, reconoció ese cierre pero alegando esas circunstancias señaladas de contrario. La tipificación es correcta y la calificación como grave también era correcta pues no tenía autorización municipal. Si tenía esas causas, no solicitó demora o suspensión en la reapertura. La extensión del periodo de cierre, los inspectores apreciaron los tiempos y momentos. Y en cuanto a la proporcionalidad, no se puede perder el interés general que supone la imposición de sanción, lo anterior por cuanto que los mercados servían a una finalidad de servicio público esencial y la actora pretendía mantenerlo cerrado sin apenas consecuencias. En resumidas cuentas, se solicitaba el dictado de sentencia desestimatoria con los efectos inherentes.

SEGUNDO.- Cuando la administración ejerce estas potestades represivas, se vuelve contra ella el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa pues, como dice el Tribunal Constitucional, STC 175/2007 de 23 julio, FJ 6, la privación de posibilidades de defensa del interesado en el procedimiento administrativo no queda subsanada por la interposición y tramitación posterior de un recurso contencioso-administrativo en el que se haya podido alegar y probar lo que convenga al recurrente, al no tratarse éste de un proceso sancionador en el que actúe el ius puniendi del Estado (como sí ocurre en el ámbito penal), sino sólo de un proceso de revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción.

Las sanciones administrativas son siempre impuestas por la Administración pública y los ciudadanos tienen derecho, en consecuencia, a que sean declaradas en un procedimiento administrativo sancionador en el que se garantice el ejercicio sin trabas de todas sus posibilidades de defensa. Como se declaró en la STC 89/1995 (RTC 1995\89) (fundamento jurídico 4º), «no existe un proceso Contencioso-Administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción», de modo que, se señala, nunca podrá concluirse que sean las Tribunales Contencioso-Administrativos quienes «condenen», al administrado «sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales». De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «Se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución (RCL 1978\2836)» (STC 125/1983 [RTC 1983\125], fundamento jurídico 3º).

Por ello, la actividad probatoria de cargo desplegada por la Administración debe ser suficiente para enervar la presunción de inocencia. Tiene reiteradamente establecido el TC (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 incorporado por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la L 30/1992 de 26 noviembre), rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, 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, expresamente recogido en la LRJ y PAC, artículo 137, 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.

Siendo esencial la garantía procedimental, en que el expedientado no vea relativizado su derecho a audiencia, práctica de prueba en legal forma, etc.. En palabras de la STC 3/1999, la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas de que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga (SSTC 18/1987, 2/1987, 229/1993, y 56/1998, la vigencia del derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa (SSTC 12/1995, 212/1995, 120/1996, 127/1996 y 83/1997), del que se deriva que vulnera el art. 24.2 la denegación inmotivada de una determinada prueba (STC 39/1997), así como la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996)".

Ello sin perjuicio, por una lado, de la validez de la prueba indiciaria, puesto que como dice la STS, Sala 3ª, de 5 de abril de 2006 recuerda la doctrina constitucional sobre la adecuación de la prueba indiciaria al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se señala, así, 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, de que una vez se aporte por la Administración prueba de cargo bastante pase a la parte recurrente la carga de probar lo que dice, para fundar su irresponsabilidad STS 4 marzo 2004, 4 noviembre 2003 y 10 diciembre 2002, Ar. 2116, 8022 y 2465/03, respectivamente, y STC 129/03-

TERCERO.- Por otra parte, si bien la recurrente silenció la razón por la cual instó la revocación, y deduciéndose de sus argumentos que lo pretendido era una rotunda disconformidad a derecho de la sanción por vulnerar el principio de tipicidad, es preciso





comenzar recordando a este respecto que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.

En este mismo sentido, nos recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que "... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt)."

Así y para concluir el acercamiento jurisprudencial a dicha figura, dicho criterio restrictivo en cuanto a la nulidad se mantiene firme por **la Sala III del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 603/2022 de 23 de mayo (recurso 741/2021)** que afirmó que los supuestos de nulidad radical "*no pueden ser interpretados con laxitud*" para continuar afirmando que "*es carga de quien sostiene la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo señalar con precisión en qué supuesto está incurso*"

CUARTO.- Descendiendo al supuesto objeto de la presente litis, el recurso contencioso presentado por la hoy recurrente se debe desestimar raudamente. Para empezar, estimando que se había vulnerado el principio de tipicidad, no indicó cuál de los motivos del art. 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre era de aplicación. Y es que, para sustentar esa pretensión de revocación, solo se citó una serie de principios del ámbito del derecho penal (tipicidad, aplicación analógica de las reglas penales en lo que a las sanción de las penas se refería y proporcionalidad) sin hacer un enlace lógico con preceptos o normas que justificasen dicha argumentación. Podría pensarse que el motivo de nulidad se podría sustentar en los apartados f). Ya por lo anterior habría razones para desestimar ante la pretensión de nulidad contenida en el suplico del escrito de demanda.

Pero por si lo anterior fuese poco, como principal razón de decidir con respecto a los principios de legalidad y tipicidad, teniendo en mente como punto de partida el art. 25.2 de la CE, resulta que la recurrente había admitido que había mantenido cerrado los dos puestos del mercado de Huelin que le habían sido adjudicados.



En este punto, es más que interesante traer aquí a colación la exposición de motivos o preámbulo de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas del Ayuntamiento de Málaga. En la misma se proclama como aspectos a conseguir y destacables de dicha norma reglamentaria lo siguiente: *“Actualmente, los Mercados Minoristas Municipales, pese a no tener la finalidad originaria de garantizar el abastecimiento a la población, sí continúan cumpliendo una importante función en la distribución de alimentos y, especialmente, en la dinamización del comercio minorista en su área de influencia. En consecuencia, sigue siendo una responsabilidad municipal facilitar a los ciudadanos una oferta diversa y equilibrada en plenas garantías sanitarias y de consumo.(...)”*

Por su parte, el Ayuntamiento de Málaga impulsará medidas, políticas e iniciativas que conviertan la Sostenibilidad y la Economía Circular en ejes transversales de la actividad comercial que se desarrolle en los mercados municipales, fomentando hábitos de alimentación saludables, el consumo de productos de proximidad, la reducción del embalaje excesivo y el uso de elementos plásticos de un solo uso, promoviendo un consumo responsable que evite el desperdicio alimentario, así como cualquier otra medida o propuesta que contribuya al posicionamiento de los mercados municipales como focos de concienciación en materia de sostenibilidad, en las zonas en las que estos se ubican.”

Pues bien, cuando la recurrente mantuvo no uno, sino dos puestos del mercado de Huelin cerrados, impidió todos los objetivos anteriormente señalados. Y, como ya se ha dicho más arriba, reconoció que estuvieron cerrados dichos puestos 7 y 8. Como también se deducía de las actas levantadas por los inspectores en los primeros folios del expediente sancionador y que no fueron pugnadas en su autenticidad y donde se deducía que desde que le fueron encomendados a la recurrente dichos puestos del mercado de abastos, los mismos estuvieron cerrados hasta el 4 de octubre de 2021 (folio 5). Así las cosas, el “tipo infractor” previsto en **el art. 33.3.d) de la Ordenanza** (“3. Muy graves: (...)Tener cerrado el puesto o local por espacio superior a 30 días hábiles continuados, o 40 días alternos en el plazo de tres meses, sin causa debidamente justificada, y sin haber obtenido previa autorización municipal, aun cuando se halle el adjudicatario del puesto al corriente en el pago de las Tasas establecidas. Se considerará el puesto cerrado si no está abierto durante la totalidad del Horario Obligatorio.) concurría y se adaptaba perfectamente a la inactividad de la recurrente.

No obsta lo anterior los argumentos dados por la actora en cuanto a que tuvo un cúmulo de circunstancias que le impidieron abrir. De ser así, lo que debió hacer es solicitar una prórroga en la reapertura. Pero se mantuvo en silencio cuando se le había adjudicado hasta dos puestos de un mercado municipal con la finalidad que los mismos tienen en una economía de proximidad y de útil para la sociedad.

Igualmente se debe rechazar la pretensión de aplicación del art. 63.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre. Es curioso que se inste la aplicación analógica del art. 66 del CP en cuanto a la forma de establecer las penas cuando concudiesen atenuantes y, sin embargo, la parte prescindiera de la figura jurídica del “delito continuado” del art. 74 de la misma Ley sustantiva. Ese espiguelo de normas no es aceptable en derecho. Y lo que ocurrió aquí, como demuestran los primeros folios del expediente administrativo, es que la recurrente desde que se le concedieron los dos puestos en abril, fue dejando pasar los días sin llevar a cabo la





reapertura. Conducta infractora llevada a cabo por la misma recurrente que iba siguiendo la misma dinámica comisiva de inactividad, siendo sabedora, además, que se le había adjudicado dichos puestos para abrirlos y no para retenerlos cerrados; y lo anterior con una evidente conexión espacio-temporal en dicha falta de apertura sucedida desde abril de 2021 hasta el 4 de octubre de 2021.

En cuanto a la aplicación analógica del art. 66 del CP para apreciar y rebajar las sanciones a imponer, pretendía la recurrente borrar la propia existencia del derecho administrativo sancionador. Y es que una cosa es la aplicación de los principios propios del Derecho Penal como así proclama el Tribunal Constitucional como los de legalidad, tipicidad, retroactividad favorable, culpabilidad, proporcionalidad y el non bis in ídem”. Pero no se recoge norma alguna que imponga aplicar el art. 66 del CPP en el ámbito administrativo sancionador. Pero es que, a más a más, aun cuando la demanda guardó silencio para ocultar lo que a continuación se añade, resulta que a la actora se le impuso una sanción de revocación de la adjudicación y, a resultas de su reconocimiento de los hechos, se le rebajó la “pena” a una obviamente inferior como era la pecuniaria. Lo que no podía pretender es tener tantos meses cerrado dos puestos en un mercado municipal, con lo que afecta a los fines perseguidos por la Ordenanza así como su labor social de acceso a un puesto de trabajo, y, sin embargo, no atender una sanción pecuniaria por la palmaria comisión de una infracción muy grave. A mayores razones, la multa que le fue impuesta fue en su grado mínimo por la condición continuada de su infracción respecto no de uno, sino de dos puestos del mercado de Huelin.

En consecuencia, considerando conforme a derecho la resolución sancionadora impuesta al recurrente [REDACTED] solo cabe la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones.

CUARTO.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en artículo 139 LJCA al tiempo de la interposición del recurso, consistente en el vencimiento objetivo, la desestimación del recurso trae consigo la imposición a la actora, condena que se impone en cuantía máxima de 1.000 euros al no apreciarse de forma completa temeridad o mala fe procesal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar

FALLO

Que en los autos de P.A. 62/2022, DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez Tienda actuando en nombre y representación de [REDACTED] contra el acto administrativo emanado del Ayuntamiento de Málaga identificado en los Antecedentes de esta resolución, representado por el Letrado Sr. Fernández Martínez, al ser la misma conforme a derecho, debiendo mantener todo su contenido y eficacia; todo ello, además con la expresa imposición a la actora; condena que se impone en cuantía máxima de 1.000 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma y por razón de la cuantía (art. 81.1.a) en relación con artículo 41 ambos de la LJCA 29/1998) NO cabe recurso de apelación.





Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

