



**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO CUATRO
DE MÁLAGA
PROCEDIMIENTO: Procedimiento Abreviado 200/17**

SENTENCIA NÚMERO 226/19

En la ciudad de Málaga, a 17 de julio de 2019.

David Gómez Fernández, Magistrado, titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga y su Provincia, pronuncia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La siguiente

S E N T E N C I A

Vistos los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 200 de los de 2017, seguidos por sanción administrativa, en los cuales han sido parte, como recurrente, [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Ballenilla Ros y asistido por el Letrado Sr. Peralta de las Heras; y como Administración recurrida el Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, con la representación y asistencia del Letrado Sr. Fernández Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador Sr. Ballenilla Ros, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó ante el Decanato de los Juzgados de esta capital recurso contencioso-administrativo frente a la resolución dictada por la Dirección Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y otros Servicios del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga de fecha 20 de enero de 2017 en el expediente sancionador con número 005560/2016/ACS, mediante la cual se acordaba desestimar el recuso de reposición formulado por el recurrente frente a la previamente dictada por el mismo órgano en el expediente referido, mediante la cual, a su vez, se imponía al recurrente una sanción de 750,01 euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 36.5 de la Ordenanza Municipal para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga; solicitando se dictase Sentencia por la que se anulase el expediente administrativo y la sanción impuesta al recurrente, por no ser ajustados a derecho, absolviéndose al recurrente, con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Segundo.- Convenientemente turnada la demanda, recae el conocimiento de la misma en este Juzgado, dictándose por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia Decreto admitiéndola a trámite, fijándose en dicha resolución día para la celebración del juicio, reclamándose a su vez de la administración demandada el expediente administrativo.





Tercero.- Que se celebró el juicio el día señalado con la asistencia de las partes, y en el que se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que figura en el acta unida a las actuaciones. Quedó fijada la cuantía del recurso en la de 750,01 euros.

Cuarto.- Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el presente litigio se formula recurso contencioso administrativo frente a la resolución aludida en los antecedentes de hecho alegando que la misma es nula de pleno derecho por cuanto existieron varias infracciones procedimentales que le han generado indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. En concreto, aduce la omisión de la puesta real y efectiva de manifiesto del expediente, la infracción del artículo 78 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por no haber sido citado a la práctica de la prueba acordada y la ausencia de trámite de audiencia tras el dictado de propuesta de resolución, vulnerando el artículo 89.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Igualmente aduce que la Ordenanza aprobada infringe el principio de legalidad plasmado en los artículos 25 y 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 25 de la Constitución Española. Cuestiona, a su vez, la delegación de competencias efectuada en materia sancionadora y aduce igualmente la infracción del principio de tipicidad (artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) al no existir detalle de los actos realizados. De la misma forma, y por último, opuso la inexistencia de prueba de cargo; añadiendo en el plenario que ni le fue notificada la denuncia, ni la denuncia se corresponde con lo que se refleja en la diligencia de ratificación, ni existe prueba de afección a la convivencia ciudadana. La Administración se opuso a la estimación del recurso, entendiendo que el acto impugnado es conforme a derecho por las razones que expuso en la vista y que constan en la nota entregada en la misma, que se dan por reproducidas en aras a la brevedad.

Segundo.- Conocida y constante es la jurisprudencia a nivel estatal (pudiendo citarse al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1992 y 8 de marzo de 1993, que a su vez citan las anteriores de 9 de febrero de 1972, 16 de enero, 8 de marzo y 29 de noviembre de 1976, 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980 o 6 de julio de 1988, entre otras) e internacional (v.gr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 proclama como los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, y ello por cuanto ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado. Ahora bien, no es menos cierto que igualmente son constantes las referencias a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata, ya que esta operación no puede efectuarse de forma automática, ya que la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que



resulten compatibles con su naturaleza, como expresamente recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1990.

Pues bien, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2014, de 5 de mayo, dicha traslación -que, como se ha razonado, tiene lugar cuando se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador- comporta la aplicación del amplio acervo de garantías recogidas en el artículo 24 de la Constitución Española, en doctrina jurisprudencial que encuentra su raigambre en los pronunciamientos iniciales del Tribunal Constitucional que proscribían la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno. Entre estas garantías, y en palabras de la sentencia referida, “sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 de la Constitución Española la denegación inmotivada de medios de prueba” (citándose a tales efectos las previas Sentencias 7/1998, de 13 de enero; 3/1999, de 25 de enero; 14/1999, de 22 de febrero; 276/2000, de 16 de noviembre, y 117/2002, de 20 de mayo). Pues bien, el ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 291/2000, de 30 de noviembre (Pleno), puso de manifiesto que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate de un acto administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución Española.

De las alegaciones efectuadas por la parte actora se desprende que la misma arguye la citada infracción de las garantías citadas del derecho de defensa en el procedimiento sancionador y (aunque quizás no con la claridad y precisión deseable) a ser informado de la acusación en el mismo. Realmente dicha aseveración pondría de manifiesto la nulidad del procedimiento no solo al amparo del artículo 62.1.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino igualmente por la causa contemplada en el artículo 62.1.e) (haberse dictado los actos impugnados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido). Así, refiere tanto la omisión de la puesta real y efectiva de manifiesto del expediente, como la de citación para la práctica de la prueba acordada, como la ausencia de trámite de audiencia tras el dictado de propuesta de resolución. E igualmente añadió en el plenario que no fue informado respecto del objeto de la denuncia (maturarse) sino que esta circunstancia aparece en la diligencia de ratificación, que se confecciona para encajar el supuesto en la infracción por la que se le sancionó.





Pues bien, ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, que la Ley aplicable al procedimiento es la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado que a la fecha de comisión de los hechos e inicio del expediente -9 de agosto de 2016 y 21 de septiembre de 2016, folios 1 y 5- aún no había entrado en vigor la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a la que continuamente se alude en el recurso (lo que sucedió el 2 de octubre de 2016, conforme a su disposición final séptima); y ello según expresamente contempla la Disposición Transitoria Tercera a) de este último texto legal. Sea como fuere, los preceptos que enuncia la parte recurrente tiene su plena correspondencia con los artículos 35.1.a), 81.2 y 84.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que, ya se anuncia, se aprecie la concurrencia de las infracciones a las que alude la parte (que, además, caso de concurrir tampoco tendrían la condición de invalidantes por no propiciar una real y efectiva situación de indefensión). Así, en relación a la alegada inexistencia de acceso al expediente por parte del expediente por -supuestamente- no haberlo permitido la Administración, a la que se habría ello solicitado por escrito; lo cierto y verdad es que, más allá de tal alegato unilateral -y huérfano de todo sustento probatorio- de la lectura del expediente no se desprende la existencia de tales solicitudes. Basta dar lectura al escrito de alegaciones remitido el 10 de octubre de 2016 -folios 11 a 13- y al recurso de reposición formulado el 12 de diciembre de 2016 -folios 23 y 24- para comprobar como en ninguno de ellos se solicitó tal copia o el acceso al expediente; habiéndose limitado la parte tan solo a adjuntar a la demanda una solicitud de copia fechada el 7 de abril de 2017 (documento 3 de la demanda) que es muy posterior no solo a la fecha de la resolución sancionadora y la desestimatoria del recurso formulado frente a la misma, sino incluso a la fecha de notificación de este última (folio 30 del expediente). Mal puede en tales condiciones aseverarse que ello propició alguna indefensión durante la tramitación del expediente. Es más, la parte ha dispuesto de la posibilidad de examinarlo mucho antes del inicio del plenario, a la vista de la Diligencia de Ordenación de 29 de mayo de 2017 (notificada el 30 mediante el sistema LexNet); circunstancia que despeja todo atisbo de posible afección del derecho de defensa.

Tercero.- De la misma forma, tal y como se ha referido anteriormente, entre las garantías procedimentales propias de los procedimientos penales que resultan trasladables al procedimiento administrativo sancionador se encuentran la de la prohibición de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa y el principio de contradicción. La parte parece aludir a aquellos cuando invoca el artículo 78.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (aun cuando el aplicable sea el 81.2 de la Ley 30/1992), que dispone expresamente que al comunicar la Administración a los interesados las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas, se ha de consignar “el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan”. Mas tal precepto no es aplicable a la diligencia acordada por la Administración que, en contra de lo que parece sostenerse, no fue una prueba testifical. Buena prueba de ello es que ni se desarrolla ante el Instructor, ni se formulan concretas preguntas por el mismo. En cambio, se limitó a la solicitud de emisión de un informe, a la vista de las alegaciones del expedientado. En estas condiciones no es aplicable el precepto aludido, ya que realmente lo son los artículos 82 y 83 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que no se prevé en modo alguno tal citación (que, además, por la propia naturaleza de la prueba, resulta incompatible en la





práctica con la misma). Es más, si la parte actora entendía que la denuncia precisaba de alguna aclaración o adición bien pudo haber solicitado tal diligencia probatoria en el momento procesal oportuno (en el escrito de alegaciones) y no lo hizo. Como tampoco solicitó que tal prueba se realizase en el plenario, si estimaba que aquella resultaba necesaria para garantizar su derecho de defensa. En definitiva, tampoco se vulneró el derecho de defensa por las razones a las que se alude en la demanda.

Y en lo que respecta a la supuesta vulneración del artículo 89 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (realmente, el 84.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), ha de recordarse que la mera omisión de dicho trámite no comportaría la automática aplicación del apartado e) el artículo 62 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ya que conforme a doctrina reiterada del Tribunal Supremo (a.e. Sentencias de 18 de enero de 1984, 11 de octubre de 1991 o 18 de diciembre de 2002, entre otras) que para que proceda la nulidad del acto administrativo por la causa e) del artículo 62.1 es preciso que se haya prescindido total y absolutamente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites, siendo igualmente preciso ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, es decir, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal impide que se anule el acto cuando lógicamente se prevé que el nuevo vaya a ser igual que el anulado. Por ello la omisión de la notificación de la propuesta de resolución tan solo comportaría la nulidad del procedimiento si ello hubiera originado indefensión a la parte, extremo este que, como proclama reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 26 de mayo y 22 de junio de 1999) como del Constitucional (Sentencias 68/1995 y 42/1989 ,entre otras), debe ser adverado por la parte que lo alega en términos de una efectiva y real vulneración del derecho de defensa y no como una genérica invocación. Así lo ha entendido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en Sentencias de 23 de febrero de 2007 y 30 de octubre de 2003, en las cuales, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril, 2 y 6 de junio y 30 de julio de 1997, 9 y 16 de marzo y de abril de 1998, se reflejaba como, aun cuando el derecho a ser informado de la acusación se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución por ser ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, y viene integrada, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, su subsunción en un concreto tipo infractor y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata; no es menos cierto que aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso. Igualmente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 18 de Noviembre de 2002, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2.000, manifestó que en este ámbito debe interpretarse que la notificación de la propuesta de resolución que corresponda dictar en el procedimiento no es preceptiva ni tiene, por tanto, que notificarse al interesado, siendo también innecesario el trámite de audiencia, bien cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento (lo que no es el caso) o cuando, habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas





que las aducidas, en su caso, por el interesado (lo que aquí acontece). Consecuentemente, tampoco esta circunstancia propicia la estimación del recurso.

Cuarto.- Otra de las garantías trasladables al procedimiento administrativo sancionador de las existentes en los procedimientos penales es la del derecho a ser informado de la acusación. Así lo viene reconociendo reiteradamente abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras muchas, las Sentencias 44/1983, 28/1989, 145/1993, 297/1993, 160/1994, 120/1996, 169/1998, 87/2001, 117/2002 o 205/2003) y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga (a.e. Sentencias de la Sección Primera de 10 de noviembre de 2009 –recurso 2707/03-, 22 de julio de 2009 –apelación 187/2005- y 28 de mayo de 2009 –recurso 1447/2002-, o Sentencia de la Sección Tercera de 22 de marzo de 2013 –recurso 1785/10-), conforme a la cual resulta imprescindible, desde la perspectiva constitucional, que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de la imputación, pues el mismo cumple una función análoga a la del escrito de conclusiones provisionales en el proceso penal, siendo que si en el mismo no se contienen los hechos relevantes y esenciales para efectuar la calificación jurídica de la infracción administrativa, se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Resulta, por tanto, exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que el pliego de cargos contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa; en suma, que en el pliego de cargos se determinen con precisión los caracteres básicos de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpado, extremos todos ellos que son plenamente trasladables a las propuestas de resolución (a la vista de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 1983 -caso Albert-Le Compte-). A todo lo anterior cabe añadir que, como reiteradamente ha expresado el Tribunal Constitucional (a.e. Sentencias 9/1982, 162/1986, 17/1989, 358/1993, 36/1996, 87/2001, 129/2006, 299/2006 o 116/2007, entre otras) no cabe admitir la existencia de acusación implícita, ni tácita, sino que la misma ha de ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, pues de lo contrario no se colmarían las exigencias del derecho a ser informado y conocer la acusación como instrumento para poder ejercer de forma efectiva el derecho de defensa. Ello no obstante, tampoco resulta exigible el tener la Administración que detallar de forma exhaustiva los hechos objeto de acusación, pero en todo caso sí que lo es que la acusación contenga los “hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar la infracción de que se trate”. Por ello, y aun cuando en la fase de inicio del procedimiento disciplinario no existe la obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente –pudiendo la imputación ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento-, en todo caso ha de otorgarse por parte de la Administración la posibilidad al administrado de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que esta se conoce de forma plena. En el mismo sentido se ha venido pronunciando la Sala Tercera del tribunal Supremo, pudiendo citarse, a mero título de ejemplo, la Sentencia de 17 de junio de 1998. Conforme se plasma en la misma, en el procedimiento sancionador el pliego de cargos cumple la función de ser informado el expedientado del contenido la acusación formulada contra el mismo, dando con ello cumplimiento en la legalidad constitucional al artículo 24.2 de la Constitución en un doble sentido: de una parte, conocer materialmente la imputación que contra el mismo se dirige, y, de otra, “delimitar formalmente y también con pleno efecto sustantivo el ámbito en que va a actuar el poder público frente al imputado, de forma que no puede introducir otros



elementos ya producidos a los fines de la exigencia de responsabilidad, sino los señalados en los cargos formulados y al estar referidos a una conducta del expedientado, tal delimitación ha de estar referida a hechos y no a valoraciones o secuencias lógicas derivadas de aquellos, ni a denominaciones genéricas de infracciones, sin perjuicio de que la enunciación de los hechos imputados haya de ser verificada razonablemente solo en lo preciso dentro de lo que es propio del discurso humano, es decir, identificando normalmente los hechos imputados con sus circunstancias básicas sin detalles prolijos, para que en relación a ellos pueda deducirse una defensa adecuada en términos constitucionales”. Igualmente, y en la misma dirección, existen pronunciamientos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Así, y a mero título de ejemplo, la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de marzo de 2006 -recurso 613/2005-, citando al respecto las de la Sala Tercera del Supremo de 26 de mayo de 1999, 21 de julio de 1999 y 10 de mayo del 2001, pone de manifiesto como el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia y su subsunción en un concreto tipo infractor y por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trata. Es por ello que no pueden ser sancionados hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, y si finalmente se dicta resolución sancionadora por hechos no mencionados en la propuesta de resolución, ello lesionaría el aludido derecho fundamental, por cuanto resulta exigible, al menos, retrotraer el procedimiento a fin de ampliar los hechos convenientemente y respetar el principio de audiencia y contradicción.

Partiendo de todo ello, y tras un examen del expediente, se ha de convenir con la Administración demandada que ninguna vulneración del referido derecho se ha producido. Basta dar lectura a la denuncia que da origen al expediente que obra al folio 1 y a las propias alegaciones del recurrente obrantes a los folios 11 a 13 -especialmente el primer párrafo del folio 12- para constatar como desde el primer momento el recurrente era consciente del motivo por el que se iniciaba el expediente. En estas condiciones la supuesta indefensión que se esgrime se revela como una mera invocación formal y desprovista de toda efectividad, habiendo podido el recurrente desde un inicio formular las alegaciones que tuvo por conveniente y proponer la prueba que entendió oportuna; pues, se insiste, conocía todos y cada uno de los extremos relevantes de la denuncia. De otra forma no se comprende que el mismo alegase frente al acuerdo de inicio (por más que este fuese algo impreciso) que los agentes denunciantes le “acusaron” de estar masturbándose. Justamente son esos los hechos por los que se le impuso la sanción originariamente recurrida (véase el folio 19, especialmente en su considerando segundo).

Por último, y en cuanto a la cuestionada delegación competencia, consta en el expediente -folio 17- que la resolución sancionadora se dicta por la Dirección Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y otros Servicios del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga en virtud de expresa delegación de la Junta de Gobierno Local de 8 de julio e 2016 y del Alcaldía-Presidencia de 18 de octubre de 2010 y 7 de julio de 2015. Y lo cierto es que, de un lado, el ejercicio de la potestad sancionadora no está excluida de la posibilidad de delegación competencial en los artículos 21.3 y 23 de la Ley de Bases de Régimen Local; y, de otro, que la resolución ha de entenderse dictada, conforme al





artículo 13.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la propia Alcaldía-Presidencia. Consecuentemente, no concurre la infracción formal a la que se alude (que tampoco tendrían el carácter de invalidante, a la vista del artículo 63.2).

Quinto.- Solventadas estas cuestiones formales o de procedimiento, ha de abordarse el estudio de las restantes de fondo. No cabe duda de que en el procedimiento sancionador se consagra el principio de presunción de inocencia, hallando reflejo el mismo actualmente en el epígrafe b) del párrafo segundo del artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y anteriormente en el párrafo primero del artículo 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (vigente al momento de tener lugar los hechos que motivan la denuncia e iniciarse el expediente -folios 1 y 5 de aquel-). En el mismo se dispone cómo en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tienen derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido configurando el principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, como el derecho a no ser sancionado sino en virtud de pruebas de cargo, obtenidas de manera constitucionalmente legítima y el derecho a que no se imponga la carga de la prueba de la propia inocencia, sino que aquélla corresponde a quien acusa, es decir, a la Administración sancionadora. A esta debe exigírsele una actividad configuradora de acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la misma la obligación de advenir tanto la comisión del ilícito como la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una probatio diabolica de los hechos negativos (Sentencias del Tribunal Constitucional 45/1997, de 11 de marzo o 74/2004, de 24 de abril). Ahora bien, la presunción de inocencia no sólo puede desvirtuarse mediante la prueba directa, sino también por la prueba indirecta, que exige: 1) Que los hechos básicos o indicios sean múltiples pues uno solo podría fácilmente inducir a error, los cuales han de estar plenamente acreditados por medios de prueba directa. 2) La deducción que de los mismos efectúe el Tribunal ha de ser lógica, y ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (Sentencias del Tribunal Constitucional 256/1988 de 21 diciembre, 107/1989 de 8 junio o 3/1990 de 15 enero).

Es, por otra parte, bien sabido es que el apartado quinto del artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece (como previamente disponían los apartados tercero del artículo 137 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y quinto del artículo 17 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, que aprobaba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora) que 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, hacen prueba de éstos, salvo que se acredite lo contrario. Esta previsión legislativa no es sino el reflejo de una línea jurisprudencial constante y dilatada en el tiempo en cuya virtud los agentes de la autoridad gozan de una presunción de veracidad en el ejercicio de sus funciones sancionadoras. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1.990 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 29 de diciembre de 2006 recogen de forma exacta esta doctrina, que ya aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1979, en cuya virtud se considera que si la denuncia fue formulada por un Agente de la autoridad especialmente encargado del servicio, la





presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, incluso de sus Agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse tanto en vía administrativa como en la contencioso-administrativa, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz, sin la que no es concebible una buena administración pública. Ahora bien, ello no implica que los hechos denunciados por un Agente se consideren intangibles, pues, ni los principios jurídicos ni las normas de Derecho pueden desconectarse nunca de la realidad, para cuya ordenación fueran dictadas, por lo que la realidad de los hechos es lo que debe imperar. Por ello no se trata de conceder a la denuncia de un Agente de la autoridad, encargado especialmente del Servicio, una patente de posible arbitrariedad, que desnaturalizaría la categoría jurídica de su denuncia, sino tan sólo de reconocerle la que debe operar, que no es más que la de una presunción «juris tantum» que, como tal, debe ceder, cuando frente a ella se alce suficiente prueba en contrario.

De esta presunción de veracidad se puede deducir que la denuncia de un agente sometida a la posibilidad de contradicción en el oportuno expediente administrativo puede configurarse como prueba de cargo suficiente por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1985 de 18 de junio), lo que no implica que en todos los casos así sea. Como expone la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2006 de 13 de febrero (FJ. 6º), el párrafo tercero del artículo 137 antes citado no establece una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza de los atestados (que sería incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente admite la acreditación en contrario. El valor probatorio de los hechos reflejados en el atestado puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario actuante, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad consignen en sus denuncias y atestados. En suma, pues, el alcance de la denuncia en la vía administrativa no es otro que el de permitir la incoación del oportuno procedimiento sancionador, en cuya tramitación el interesado podrá alegar lo que a su derecho convenga y aportar los medios de prueba que combatan la prueba de cargo presentada por la Administración y en virtud de la cual se le imputa la infracción constitutiva de sanción. En tanto que en la vía contencioso-administrativa, los atestados incorporados al expediente sancionador son susceptibles de valorarse como prueba, pudiendo haber servido para destruir la presunción de inocencia en la vía administrativa sin necesidad de que tenga que reiterarse en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo, pero no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990 de 26 de abril o 14/1997 de 28 de enero).

Sexto.- Pues bien, sostiene la parte actora la existencia de vulneración de la presunción de inocencia al fundamentar la resolución la imposición de la sanción en una denuncia inicial que narra unos hechos que no se compadecen con la realidad y cuya veracidad ha sido negada desde un primer momento. Y lo cierto es que del examen del expediente se comprueba como el recurrente negó desde el inicio del expediente los hechos que fundamentaban la supuesta infracción administrativa (en escrito presentado el 10 de octubre de 2016, folios 11 a 13 del expediente), sosteniendo que, a diferencia de lo que se plasma en el boletín (el que, por cierto, rehusó expresamente firmar -folio 1 del





expediente-), no estaba masturbándose, sino que se disponía a orinar dada la existencia de necesidad imperiosa a consecuencia de sus problemas prostáticos. Esta circunstancia comportaba la necesidad de confrontar la versión de los hechos ofrecida por el denunciado con la de los agentes denunciadores en vía de ratificación, extremo este que viene exigiendo en diversos ámbitos el derecho sancionador (a.e. artículo 79.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, artículo 12.3 del Real Decreto 320/1994, artículo 211 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, o artículo 37 de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana) y la jurisprudencia mayoritaria (a.e. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Málaga- de 10 de marzo de 2004 –recurso 2613/1998-, o de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Granada- de 29 de diciembre de 2006 –recurso 4227/2001-). Mas lo cierto es que esta ratificación tuvo lugar en informe suscrito por ambos agentes denunciadores el 20 de octubre de 2016 -folio 14 del expediente-. En aquel, los Policías Locales con carnet profesional 0894 y 1360 manifestaron haber observado “con total claridad cómo el denunciado se masturbaba”. En estas condiciones, habiendo mediado la preceptiva ratificación, y no presentando el recurrente más prueba en contrario -tendente a desvirtuar la versión policial- tanto en el expediente como en el plenario que sus propias alegaciones, han de tenerse por averdados los hechos plasmados tanto en el boletín de denuncia como en la posterior ratificación. Y ello porque, además, al contrario de lo que sostiene el recurrente, que arguye la ausencia de afección de la convivencia por su comportamiento, la propia Ordenanza presume que cuando se realicen aquellas a menos de 200 metros de, entre otras, zonas comerciales, la misma tiene lugar. Así se desprende del artículo 36.5 de la misma, que, tras recordar como se prohíben las prácticas sexuales y el ofrecimiento, solicitud, negociación y aceptación directa o indirecta de servicios sexuales en la vía pública, cuando estas prácticas afecten a la convivencia ciudadana, añade: “se entiende que estas prácticas afectan a la convivencia ciudadana cuando se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de centros docentes, educativos, parques infantiles, zonas residenciales o de cualquier otro lugar en el que se realicen actividades comerciales o empresariales”. Basta observar las fotografías aportadas en el plenario (que supuestamente reflejan el lugar en el que el recurrente afirma que ocurrieron los hechos, esto es, a la altura del monumento al pintor Bernardo Ferrándiz que se encuentra en el parque de Málaga) y el lugar al que se alude en la denuncia (Paseo de España, correspondiente con uno de los laterales del Parque) para constatar que tuvieron lugar a una distancia inferior a la referida respecto de establecimientos comerciales. Basta con acudir a alguno de los múltiples servicios web de mapas para comprobar que ello sucede, pues median poco más de 100 metros respecto de ciertos negocios de restauración y hostelería situados en el Muelle 1 del Puerto. Consecuentemente, existe prueba de cargo en el expediente tanto respecto de la realización de prácticas sexuales en la vía pública, como de la afección a la convivencia ciudadana (por realizarse a menos de 200 metros de donde se desarrollan actividades comerciales o empresariales), por lo que la presunción de inocencia del recurrente queda desvirtuada.

Séptimo.- Sostiene, además que la Ordenanza de convivencia infringe el principio de legalidad, al no respetar la reserva de Ley para establecer el tipo sancionador aplicado al recurrente. Pues bien, tal cuestión entronca con una polémica resuelta por la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio. Conforme a la misma, en la que se analizaba la relación del principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución Española con la autonomía local constitucionalmente consagrada, la exigencia de reserva de Ley debía ser interpretada de una forma flexible en la tipificación





de infracciones y sanciones por Ordenanzas Municipales en aquellas materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal -y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento-, pues el principio de autonomía local impide que la Ley contenga una regulación agotadora de una materia donde está claramente presente el interés local. Pero esta interpretación flexible no podía conllevar la exclusión tajante de la referida exigencia. Y ello porque la mera atribución por Ley de competencias a los Municipios no supone por si misma la autorización para que cada Municipio tipificase por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias, pues tan solo corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones. Esta reserva de Ley, aclara el Tribunal Constitucional, no se refleja tanto en la definición de tipos -ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones para que posteriormente se desarrollen por medio de Ordenanza Municipal- sino en "la plasmación de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción". Igualmente se plasma en la exigencia de que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales, de forma que, sin que la Ley necesariamente estableciese una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, la misma fije una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.

Partiendo de tal premisa se comprueba que en el artículo 35 de la misma se justifican las infracciones el artículo 36 de la siguiente forma: "pretenden salvaguardar, como bienes especialmente protegidos, el derecho que tienen los/as ciudadanos/as a transitar por la ciudad sin ser molestados/as o perturbados/as en su voluntad, la libre circulación de las personas, así como el correcto uso de las vías y los espacios públicos, conforme a la naturaleza y destino de éstos". De la sola lectura se desprende que la misma se dicta en relación a materias donde se constata de forma palmaria el interés local, existiendo, por ello, un "amplio campo para la regulación municipal" sustentado en el principio de autonomía local, sin que las Leyes estatales o autonómicas puedan llegar a precisar de forma precisa aquellas. Consecuentemente, y sirviendo de propio fundamento a la Ordenanza la Ley de Bases de Régimen Local, tampoco se detecta la infracción referida del principio de legalidad.

Octavo.- Resta por evaluar si, como sostiene la parte actora, se ha vulnerado el principio de tipicidad. El enunciado principio aparece consagrado en nuestro derecho positivo en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual tan solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en la Ley de Bases de Régimen Local. El mismo es una manifestación positiva del principio de legalidad (igualmente recogido en el artículo 25 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público) que, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995, garantiza que las conductas objeto de reproche punitivo del Estado, bien mediante la imposición de una pena o bien de una sanción administrativa, sólo lo serán en virtud de una descripción previa y cierta en una norma que tenga rango normativo suficiente al efecto, lo que se traduce en la exigencia de una descripción normativa de la conducta sancionada en términos de suficiente certeza, debiendo apreciarse un perfecto encaje entre la conducta descrita en la norma sancionadora y la acción u omisión que se sanciona, ya que la descripción de hechos o conductas



constitutivas de infracciones administrativas debe ser lo suficientemente precisa como para que quede asegurada la función de garantía del tipo; no erigiéndose, por tanto, la calificación de la infracción administrativa -referida a actos u omisiones concretas- en una facultad discrecional de la Administración o autoridad sancionadora, sino, por el contrario, en una actividad jurídica de aplicación de las normas que exige como presupuesto objetivo el encuadramiento o la subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente, rechazándose criterios de interpretación extensiva a analógica. Así se recoge expresamente tanto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio, como, por ejemplo, en las Sentencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 7 de octubre de 2013 -recurso 73/10- y 16 de julio de 2016 -recurso 801/08-, que citan la anterior.

Para constatar, por tanto, si se ha vulnerado el aludido principio, ha de comprobarse si entre el comportamiento por el que se ha sancionado a la recurrente y la norma sancionadora aplicada concurre el aludido más perfecto encaje, pues en caso contrario tal infracción concurriría. Para ello ha de recordarse como el recurrente ha sido sancionado en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ordenanza Municipal para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la ciudad de Málaga, que considera infracción grave la “realización de prácticas sexuales” contemplada en el artículo 36.5 de la misma, que, a su vez, prohíbe las prácticas sexuales y el ofrecimiento, solicitud, negociación y aceptación directa o indirecta de servicios sexuales en la vía pública, cuando estas prácticas afecten a la convivencia ciudadana; añadiendo que “se entiende que estas prácticas afectan a la convivencia ciudadana cuando se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de centros docentes, educativos, parques infantiles, zonas residenciales o de cualquier otro lugar en el que se realicen actividades comerciales o empresariales”. Pues bien, los hechos por los que se sanciona al recurrente consisten en haber realizado prácticas sexuales en la vía pública consistentes en masturbarse en aquella, correspondiéndose la misma con el Paseo de España de esta ciudad. El encaje entre la norma sancionadora y la conducta sancionada es absoluto, máxime a la vista de lo razonado en fundamentos previos respecto de la distancia existente entre el lugar en el que se llevan a cabo los hechos y varios establecimientos de hostelería. Y a ello cabe añadir que, en contra de lo que la parte propugna, el precepto no solo está concebido para prácticas sexuales relacionadas con el ejercicio de la prostitución: basta reiterar el contenido del artículo 35 para constatar que las conductas prohibidas y tipificadas en todo el Capítulo Sexto de la Ordenanza pretenden “salvaguardar, como bienes especialmente protegidos, el derecho que tienen los/as ciudadanos/as a transitar por la ciudad sin ser molestados/as o perturbados/as en su voluntad, la libre circulación de las personas, así como el correcto uso de las vías y los espacios públicos, conforme a la naturaleza y destino de éstos”. En definitiva, intervenga o no persona que ejerza la prostitución, la conducta se reputa un uso inadecuado del espacio público (por no ser conforme a la naturaleza y destino del mismo), no apreciándose infracción al aludido principio. Por ello el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

Noveno.- Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras su reforma por la Ley 37/2011, aplicable a este procedimiento por razones temporales, que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de





hecho o de derecho; añadiendo que en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Se consagra, por tanto, el criterio del vencimiento objetivo que ya estableció el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desestimándose íntegramente la demanda, procede imponer las costas al recurrente, en aplicación del aludido criterio de vencimiento.

Vistos los precitados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Ballenilla Ros, en nombre y representación de [REDACTED] frente al acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

Se condena a la parte actora al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme en atención a la cuantía referenciada en el tercero de los antecedentes de hecho de la presente resolución y que frente a la misma no podrán interponer recurso alguno.

Así, y por esta mi Sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado, titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga y su Provincia.



