



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº1 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: 951939071 Fax: 951939171

N.I.G.: 2906745320190003177

Procedimiento: Procedimiento abreviado 450/2019. Negociado: PG

Recurrente: [REDACTED]

Letrado: MARIA LUZ GOMEZ MORANT

Procurador: LAURA FERNANDEZ FORNES

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrados: S.J.AYUNT.MALAGA

Acto recurrido: SANCION

En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 309/2022

En Málaga, a veintisiete de septiembre de dos mil veintidós.

Doña Asunción Vallecillo Moreno, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 450/19, sustanciado por el Procedimiento Abreviado, interpuesto por [REDACTED] representado por la Procuradora Sra. Fernández Fornés y asistido por la Abogada Sra. Gómez Morant contra el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado y asistido por la Letrada adscrita a sus Servicios de Asesoría Municipal Sra. Budria Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la mencionada representación de [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga el día 24 de enero de 2019, recaída en el expediente sancionador 004230/2018 por la que se desestimaba el recurso potestativo de reposición formulado por el recurrente el 11 de enero de 2019 frente a la resolución sancionadora dictada el 28 de noviembre de 2018 por la





que se imponía a quien recurrente una sanción de 3.000 euros por la comisión de una infracción contemplada en el 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 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, formulando demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, se dictara sentencia que reconociera haber lugar al pedimento obrado.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos acompañados a la Administración demandada, reclamándole el expediente, ordenando se emplazara a los posibles interesados y se citó a las partes para la celebración de la vista.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo se exhibió al actor para que pudiera hacer alegaciones en el acto de la vista.

CUARTO.- Dada la situación excepcional tras el Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo, de declaración del Estado de alarma, teniendo en cuenta la dificultad que entrañaba la celebración de vistas y que para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo se consideraba suficiente como elemento probatorio el expediente administrativo y los documentos aportados junto con la demanda, se acordó su tramitación sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, concediendo diez días a la parte actora para que a la vista del expediente pueda realizar las alegaciones que considere oportunas o ratificar la demanda por escrito.

QUINTO.- Habiendo transcurrido el mencionado plazo, se dio traslado a la representación de la Administración demandada por plazo de veinte días para contestar a la demanda por escrito y





verificado quedaron conclusos los autos y pendientes de dictar la resolución procedente.

SEXTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que penden de este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente alegó esencialmente en la demanda presentada los siguientes motivos de impugnación: que el expediente sancionador es nulo de pleno derecho por haber sido dictado por suplencia de un órgano delegado que nunca adquirió tal condición por encontrarse vacante y no poder aceptar la delegación realizada ya que el 6 de febrero de 2.018, el Alcalde emite Decreto de delegación de competencias en materia sancionadora por infracciones a la Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana a favor de la Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria, designando, en este mismo Decreto, como suplente de éste, al Director General de Medio Ambiente y Sostenibilidad para el caso “de presentarse alguno de los supuestos a los que hace referencia el artículo 13 de la Ley 40/2015”, a sabiendas de que desde 2.017 el puesto de la Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria está vacante por incapacidad permanente y a sabiendas, de que no se va a poder dar cumplimiento a la obligación que establece el artículo 114 del ROF de que el órgano delegado acepte la delegación, por lo que no tiene ningún sentido delegar la competencia en un órgano que se sabe está y estará vacante y en el mismo acto determinar su desarrollo por suplencia; que la resolución de imposición de sanción es nula de pleno derecho al haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, y ello dado que la competencia delegada de resolución del expediente sancionador no está expresamente determinada en el Decreto de 6 de



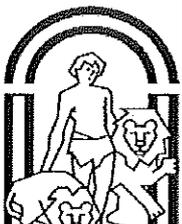


febrero de 2.018 que se limita a delegar la competencia para dictar el acuerdo de incoación y el nombramiento de instructor y el secretario y además la delegación de competencias no cumple con todas las exigencias que exige la ley ya que aunque se dicta el Decreto de delegación y se publica en el BOP no se da cuenta al Pleno de la delegación ni se publica en el BOP el acuerdo plenario incumpliendo los artículo 43 y 44 del ROF;

la falta de motivación e incongruencia omisiva por no responder la resolución impugnada a la alegación de falta de competencia del órgano que resuelve la imposición de sanción por no estar recogida esta competencia en el Decreto de delegación de 6 de febrero de 2.018;

que el acto originariamente impugnado es nulo de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los epígrafes e) y f) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que se omitió la notificación de la propuesta de resolución otorgando plazo para alegaciones, tal y como exigen los artículos 89 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 41 del Reglamento de Inspección, Control y Régimen Sancionador de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas de Andalucía, sin que fuese de aplicación el artículo 82.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (por haberse tenido en cuenta en la resolución determinados datos que no figuraban en el acuerdo de inicio);

y que la resolución recurrida se sustenta en la comisión de unos hechos de los que no existe prueba en el expediente, al no constar datos objetivos de los que deducir que las bebidas dispensadas fuesen alcohólicas ni que su consumo se estuviese desarrollando fuera del establecimiento o la terraza autorizada, por lo que carece de la consistencia mínima debida en cuanto que la Administración omite y obvia la carga de la prueba que le corresponde asumir conculcando el derecho constitucional de presunción de inocencia.





SEGUNDO.- La Administración demandada en oposición a la anterior pretensión solicitó el dictado de Sentencia desestimatoria y en síntesis alegó que no concurre la pretendida incompetencia manifiesta del órgano que dictó la resolución, sino que dicho dictado se llevó a cabo por el órgano al que corresponde conforme al artículo 124.1.m) de la Ley de Bases de Régimen Local; que concurrían los supuestos para la suplencia (baja prolongada por enfermedad hasta jubilación), circunstancia, además, que de no concurrir tampoco se erigiría en causa de nulidad de pleno derecho; que no concurren las infracciones opuestas por la parte recurrente en la demanda en cuanto a motivación, omisión de la propuesta de resolución y falta de prueba. Finalmente, adujo la existencia de múltiples Sentencias desestimatorias en supuestos análogos, dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo número 2, 3 y 5 de esta ciudad; expresando su disconformidad con los argumentos empleados por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 al dictar las resoluciones esgrimidas por la parte demandante.

TERCERO.- Concretado en estos términos el debate esgrimido ante esta instancia, ha de hacerse una precisión relevante en el caso presente cual es los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Málaga y aportadas a las actuaciones por la parte recurrente y por la Administración demandada, todas contra el Ayuntamiento de Málaga por sanciones idénticas a la presente presentadas en fecha similar, por el mismo recurrente con la misma representación y defensa y con base en los mismos argumentos jurídicos, planteando idénticas cuestiones jurídicas.

Es preciso recordar el alcance de la vinculación de las sentencias dictadas ante actos diferentes pero con las mismas cuestiones jurídicas y que se concreta en la sentencia del Tribunal Constitucional 200/2003, de 10 de noviembre, en el sentido que refiere cuando señala que "En la misma resolución hacíamos notar que tal efecto de cosa juzgada material, no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en





supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (artículo 1.252 CC); también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido artículo 1.252 CC. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 CE, de tal suerte que éste resulta también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interesa la aporte a los autos), tal y como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1994, de 20 de junio, y corroboró, con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1999, de 25 de octubre”.

En el presente caso se puede apreciar que todas las sentencias aportadas resuelven las mismas cuestiones en idéntico sentido desestimatorio, salvo las dictadas y aportadas del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Málaga y solo respecto de dos de los diversos motivos de impugnación y que llevan a la estimación de los recursos en dicho Juzgado: la nulidad por incompetencia y la falta de virtualidad de la omisión de la propuesta de resolución.

Dado que la fundamentación actora y la oposición de la Administración nada varían de las esgrimidas en aquellos procedimientos y que se comparten los argumentos de la mayoría de las sentencias, con estricto respeto a los argumentos utilizados en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Málaga, la aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica han de



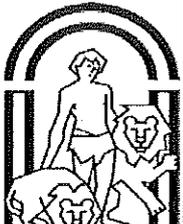


llevar a reproducir los mismos y concluir en idéntico sentido, así pues criterios de igualdad y seguridad jurídica, además de compartir los criterios contenidos en su integridad, entre otras en la sentencia nº 305/21, de fecha 24 de mayo de 2.021, recaída en el PA 249/19 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Málaga, debe llevar a desestimar la pretensión actora, sirviendo de fundamentación a tal decisión los argumentos transcritos literalmente de la mencionada sentencia que son de tal manera extensos y sólidos por lo que, en principio, no se considera necesario añadido alguno a los mismos.

Así dice la mencionada sentencia en sus fundamentos:

“Segundo.- Una vez expuestos los términos del litigio, y siguiendo el orden impugnatorio propuesto por la parte actora, se procede en primer lugar a dar respuesta a las causas de nulidad de pleno derecho opuestas frente al acto impugnado relativas a la pretendida carencia “manifiesta” de competencia del órgano que procedió a su dictado.

Para dar respuesta a dicha cuestión ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, que tanto la resolución sancionadora originariamente impugnada, como la recurrida (folios 21 y 54 del expediente) fueron dictadas por el titular de la Dirección General de Medio Ambiente y Sostenibilidad, como suplente del de la Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y otros servicios del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, que, a su vez, actuaba en virtud de delegación competencial otorgada por la Alcaldía-Presidencia en virtud de Decreto de 6 de febrero de 2018 (así se recoge de forma expresa al pie de la firma de ambas resoluciones). De la misma forma, y en segundo lugar, procede recordar que que la sanción originariamente impugnada se impone por la comisión de una infracción contemplada en el 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; que, lejos de constituir una de las reguladas en el artículo 139 de la Ley de Bases de Régimen Local (es decir, tipificarse en la Ordenanza “en defecto de normativa sectorial específica”), no es sino mero trasunto de la contenida en el





artículo 7.3 de la Ley 7/2006, de 24 de octubre, de potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía (que considera infracción grave, precisamente, 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”). Consecuentemente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de dicha Ley, la competencia para la imposición de sanción por la comisión de la misma corresponde “al Alcalde o Alcaldesa dentro del término municipal donde se cometa la infracción”. Sentado lo anterior, dicha competencia encuentra su encaje en el epígrafe ñ) del párrafo cuarto del artículo 124 de la Ley de Bases de Régimen Local, conforme al cual corresponde al Alcalde el ejercicio de las funciones “que le atribuyan expresamente las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no se atribuyan a otros órganos municipales”; razón por la que es precisamente al Alcalde al que competía resolver el recurso de reposición formulado frente a tales resoluciones sancionadoras, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 123.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sucede que esta competencia sancionadora es delegable mediante Decreto conforme a lo dispuesto en el artículo 124.5 de la citada Ley de Bases [al no ser tal función de las excluidas de tal posibilidad -las de los epígrafes b), e), h) y j)- o de las que tan solo pueden delegarse en la Junta de Gobierno Local -las correspondientes a los epígrafes c) y k)-]; existiendo, de hecho, sendas delegaciones a tal efecto otorgadas mediante Decretos de Alcaldía-Presidencia de 18 de octubre de 2010 y 6 de febrero de 2018, que fueron respectivamente publicadas en los Boletines Oficiales de la Provincia de Málaga de 21 de diciembre 2010 (habiéndose aportado en el plenario copia de dicha publicación) y 16 de marzo de 2018 (página 53 del mismo). Consecuentemente, respetándose las condiciones establecidas para la delegación competencial y habiéndose indicado expresamente esta





circunstancia tanto en el acto recurrido como en la resolución sancionadora cuya revisión se solicitaba (es decir, que se dictaba el mismo en virtud de la referida delegación), han de entenderse dictados aquellos por el órgano delegante (la Alcaldía-Presidencia) y no por el delegado, conforme a lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tercero.- De todo lo anteriormente se concluye que ni el acto recurrido, ni la resolución sancionadora han sido dictadas por el órgano competente; sin que, por tanto, concurra la causa de nulidad que se opone en la demanda. Y no desvirtúa esta conclusión ninguna de las alegaciones realizadas por el recurrente, como seguidamente se razona. En primer lugar, y por lo que respecta a la supuesta infracción del artículo 9.2.c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, es cierto que en dicho precepto se excluye de forma tajante la posibilidad de delegar la competencia para "la resolución de recursos" en los órganos administrativos que hubieran dictado "los actos objeto de recurso". Pero no es menos cierto que tal mención ha de entenderse efectuada respecto de un posible recurso de alzada a resolver por el superior jerárquico, y no respecto de un recurso potestativo de reposición (que, según se ha expuesto, debe resolver el mismo órgano que dictó el acto recurrido). Es eso justamente lo que se desprende de los razonamientos contenidos en la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2020 (recurso de casación 8324/2019), en la que se refiere expresamente que "...conviene precisar, de entrada, que el requisito de que el recurso de alzada interpuesto contra una resolución sea resuelto por un órgano distinto del que dictó ésta constituye una exigencia legal fijada en garantía del administrado (como recordaron en su momento las SSTS de 28 de septiembre de 1983 y 14 de abril de 1984, citadas por la parte recurrida) y, en coherencia con ello, el artículo 13.2.c) de la Ley 30/1992 estableció en su día la prohibición de delegar la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso".





En cuanto a la supuesta vulneración de la prohibición del apartado tercero del Texto Refundido de las delegaciones otorgadas por la Junta de Gobierno Local en el Alcalde, los Tenientes de Alcalde, Concejales y Coordinadores Generales y Directores Generales u Órganos asimilados, vigentes a 14 de julio de 2017 (aprobado mediante Acuerdo adoptado por la Ilustrísima Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el 14 de julio de 2017 -punto tercero-), tampoco puede concurrir. Es cierto que el apartado cuarto del punto tercero de dicho texto (que regula las “normas que rigen las delegaciones”) se establece cómo no pueden resolverse “por delegación recursos de revisión contra actos dictados por el propio órgano al que se hayan concedido las facultades delegadas”. Pero no lo es menos que se orilla por el recurrente la inaplicabilidad del Acuerdo municipal a la concreta delegación que habilitaba el dictado tanto de la resolución sancionadora como de la del recurso de reposición formulado frente a la misma. Y ello porque el citado Texto Refundido limita su aplicación a las delegaciones realizadas por la Junta de Gobierno Local al amparo del artículo 127.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, no siendo aplicable a las delegaciones de Alcaldía realizadas bajo el amparo del artículo 124.5 (como las que autorizaban el dictado de dichas resoluciones). Esta circunstancia claramente se desprende de la lectura de su Exposición de motivos, que seguidamente se reproduce: “Las atribuciones de la junta de gobierno local vienen contempladas en el artículo 127.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, debiendo el apartado 2 del mismo la posibilidad de delegar algunas de ellas en los Tenientes de Alcalde, Concejales, y Coordinadores Generales y Directores Generales u Órganos asimilados. Desde el inicio del presente mandato corporativo, la Junta de Gobierno viene delegando diversas atribuciones con el fin de permitir una Administración más ágil y eficaz. Al objeto de su refundición y actualización permanente, con carácter semestral se viene sometiendo, asimismo, a su aprobación, un Texto Refundido de las vigentes, siendo el último el aprobado en sesión ordinaria de fecha 27 de enero de 2017, en el que se incluían las otorgadas hasta dicha





fecha. En virtud de ello, procedió a la aprobación de un nuevo Texto Refundido con la actualización de las que están vigentes desde el 27 de julio de 2017, hasta la última delegación otorgada la sesión celebrada el día 16 de junio de 2017". Consecuentemente, este argumento ha de ser igualmente desechado.

Cuarto.- De la misma forma, tampoco es de apreciar la tan citada causa de nulidad por la argumentación desplegada en la vista (residenciada, fundamentalmente, en la inexistencia de acepción de la delegación). Es cierto que en el artículo 114.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (que tiene por rúbrica "Delegación de atribuciones entre los Órganos necesarios de los Entes Locales Territoriales") supedita la eficacia de la delegación de atribuciones a su "aceptación por parte del Delegado". E igualmente lo es que, a la vista de la documental presentada en el Plenario, la Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y otros servicios del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga (órgano que dicta las resoluciones sancionadora y de inadmisión de la solicitud revisoria) carecía de titular en la fecha de dictado del Decreto de Alcaldía de otorgamiento de la delegación competencial (6 de febrero de 2018), permaneciendo esta situación hasta, al menos, el 27 de septiembre de 2019. Esta carencia de titular obedecía a la baja del mismo desde la fecha de 16 de enero de 2018 (según se desprende de la toma de conocimiento manifestada por el Pleno de la Corporación en su sesión de 25 de enero de 2018) y hasta el nombramiento de otro por la Junta de Gobierno Local en la sesión ordinaria celebrada en la fecha antes referida; baja que, según se desprende de la publicación periodística aportada, obedecía a la renuncia de quien hasta entonces la ostentaba (el ██████████). Mas, siendo cierta esta situación de vacancia del titular de la Gerencia del Organismo Autónomo, no obsta dicha circunstancia a la posible aceptación por parte del delegado. A estos efectos se ha de recordar que la delegación competencial se produce, conforme al artículo 9.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, entre órganos administrativos o entre estos y otros organismo en entidades públicas

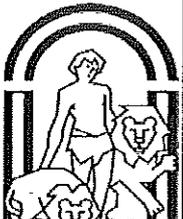




(“los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas”); mas no entre titulares de dichos órgano u organismos.

Y es que es en este punto donde quiebra el argumento de la actora, que no parece deslindar adecuadamente el órgano administrativo de la persona titular de aquel. Doctrinalmente es teoría unánimemente aceptada que para imputar a la Administración la actuación desarrollada por la misma a través de personas individuales no ha de acudir a la teoría de la representación (esto es, que aquéllas sean meras representantes de la Administración), sino a la del órgano administrativo. Aun cuando es cierto que la doctrina francesa equipara al órgano con su titular, la totalidad de la doctrina española asume la concepción sintética elaborada por Santi Romano, conforme a la cual ha de deslindarse la institución de su titular (siendo el órgano administrativo órgano “una institución que actúa a través de un titular”). Esta tesis es la que encuentra reflejo en nuestro derecho positivo, al disponer el artículo 5.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que tiene la consideración de órganos administrativos “las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”. Consecuentemente, no cabe confundir al órgano con el titular del mismo, desenvolviéndose la delegación entre órganos y no entre titulares. Por ello, justamente, el hecho que la titularidad de un órgano se encuentre vacante no comporta que aquel no pueda ejercer su competencia o emitir manifestaciones de voluntad.

Ello imbrica, además, con la última cuestión que suscita la parte actora en su demanda para justificar la pretendida carencia de competencia, que no es otra que la suplencia entre (esta vez sí) titulares de órganos administrativos. La misma se regula en el artículo 13 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual los titulares de los órganos administrativos pueden





ser “suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, así como en los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación” en la forma que dispusiera cada Administración Pública; añadiendo, finalmente, que, caso de no designarse suplente para tales casos “la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato superior de quien dependa”. Pues bien, en el Decreto de Alcaldía-Presidencia de 6 de febrero de 2018 (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga de 16 de marzo de 2018, páginas 52 y 53), se contenía la siguiente previsión a estos efectos: “Delegar en la persona titular de la Gerencia del Organismo Autónomo de Gestión Tributaria y Otros Servicios de este Ayuntamiento, el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de infracciones a la Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la ciudad de Málaga que sea competencia de esta Alcaldía Presidencia....De presentarse alguno de los supuestos a los que hace referencia el artículo 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el ejercicio de la citada potestad sancionadora recaerá a título de suplencia en la persona titular de la Dirección General de Medio Ambiente y Sostenibilidad y, en caso de vacante, ausencia o enfermedad de ésta, las competencias serán ejercidas por la persona titular del órgano directivo que supla a dicha Dirección General”. Como puede apreciarse, la Administración demandada sí que dispuso expresamente un régimen de suplencia junto con el de la delegación competencial para supuestos de vacante del titular del órgano al que se delegaba la competencia, que es el que se respetó tanto para el dictado de la resolución sancionadora, como el de la que desestimaba el recurso de reposición formulado frente a la misma (que fueron firmadas por la persona titular de la Dirección General de Medio Ambiente y Sostenibilidad); debiendo añadirse, además, que la validez de dicho régimen de suplencia no se supedita a su previa publicación (pues así se establece de forma expresa en el artículo 13.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público).





Consecuentemente, como se anunció, ni concurren las causas de nulidad relativas a la manifiesta ausencia de competencia en la resolución recurrida, ni concurrían en la resolución sancionadora originariamente recurrida.

Quinto.- De la misma forma, sostiene la parte actora que la resolución impugnada es nula de pleno derecho tanto por no haberse notificado la denuncia al recurrente en el momento de su expedición, como por haberse omitido la notificación de la propuesta de resolución otorgando plazo para alegaciones, tal y como exigen los artículos 89 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 41 del Reglamento de Inspección, Control y Régimen Sancionador de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas de Andalucía; sin que fuese de aplicación el artículo 82.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (por haberse tenido en cuenta en la resolución determinados datos que no figuraban en el acuerdo de inicio).

Pues bien, ha de recordarse que la mera omisión de dichos trámites no comportarían la automática aplicación del apartado e) el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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





denuncia o la propuesta de resolución tan solo comportarían 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). Es más, incluso de concurrir la infracción por los motivos a los que se alude en la demanda, el recurrente debiera poner igualmente de manifiesto qué concreta situación de indefensión le ha generado tal omisión. Y lo cierto es que la misma no se detecta, pues el acto recurrido da respuesta a un recurso de reposición en el que aquel pudo exponer todos y cada uno de los argumentos que, en su caso, podría haber desplegado en el trámite que afirma omitido; razón por la que han podido ser tomados en consideración por la Administración al dictar el acto objeto de recurso contencioso-administrativo. Y en cuanto a la ausencia de notificación de la denuncia en el momento de su expedición, orilla el recurrente que el procedimiento sancionador no comienza con la confección de la denuncia, sino con el acuerdo adoptado por el órgano competente (artículo 63.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), frente al que la parte puede formular alegaciones y exponer cuanto tenga por conveniente (lo que elimina todo atisbo de indefensión). Es más, de hecho así lo hizo el 17 de septiembre de 2018, constando la presentación de alegaciones en la que se negaban los hechos (folios 9 a 16 del expediente), al que pudo adjuntar o proponer la práctica de prueba que estimase por conveniente. Consecuentemente, tampoco esta circunstancia propicia la estimación del recurso.

Sexto.- Finalmente, la parte sostiene que la sanción se ha impuesto sin la existencia del expediente respecto del carácter alcohólico de las bebidas dispensadas, ni respecto de que su consumo se desarrollase fuera del establecimiento regentado por el recurrente o la terraza autorizada de la que dispone. Tampoco en este punto le asiste la razón al recurrente. 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).





La parte recurrente alega implícitamente la existencia de vulneración de la presunción de inocencia del recurrente al fundamentarse la imposición de la sanción en una denuncia inicial de la que no se desprende ni el carácter alcohólico de las bebidas suministradas, ni que el consumo de aquellas se desarrollase fuera del establecimiento o la terraza autorizada de aquel. Y lo cierto es que del examen del expediente se comprueba que el recurrente cuestionó tales extremos en su escrito presentado el 17 de septiembre de 2018 (particularmente, en su folio cuarto -12 del expediente-); circunstancia que obligaba a confrontar su versión 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 o artículo 37 de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana), 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-) y que prevé el artículo 211 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Mas de la lectura del folio 18 del expediente se constata que tal ratificación tuvo lugar el 14 de septiembre de 2018, en la que los agentes denunciadores se ratificaban íntegramente en el boletín de denuncia, en el que expresamente hicieron constar -folio 1- que la infracción detectada el día y la hora referidas en aquel era de la “vender o dispensar bebidas alcohólicas para su consumo fuera del establecimiento o terraza autorizada”, añadiendo lo siguiente: “dispensa bebidas desde el establecimiento [REDACTED] a clientes que posteriormente consumían en la vía pública”. Del tenor de ambas afirmaciones se concluye sin esfuerzo alguno que las bebidas suministradas eran alcohólicas, que no se consumían en el establecimiento y que, de hecho, este consumo tenía lugar en la vía pública fuera del espacio autorizado a modo de terraza. Estas





circunstancias son percibidas directamente por los agentes denunciantes, pudiendo serlo todas ellas (incluido el carácter alcohólico de las bebida, mediante el olfato o incluso la vista -si se presencia el momento en el que es servida-). En definitiva, existe prueba de cargo en el expediente no desvirtuada por el recurrente, lo que conduce a la desestimación del recurso contencioso-administrativo”.

Es por todo lo anteriormente expuesto, por lo que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: 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 y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos y teniendo en cuenta la existencia de sentencias contradictorias dictadas por uno de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Málaga en cuanto a algunas de las cuestiones jurídicas con base en las cuales se desestima el recurso contencioso-administrativo, procede no hacer una expresa imposición de las costas, por lo que cada parte satisfará las suyas.

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Fernández Fornés, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga, se declara la conformidad a derecho de la





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

resolución impugnada, descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución y sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso de apelación. Notifíquese esta resolución a las partes y con testimonio de la misma, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia. Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase.

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



