



## Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 7 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tlfno.: 951938460, Fax: 951939177, Correo electrónico: JContencioso.7.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220001334.

**Procedimiento:** Procedimiento Abreviado 172/2022. **Negociado:** A

**Actuación recurrida:** (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA)

**De:** MALAGA PREMIUM HOTEL & HOSTEL, S.L.

**Letrado/a:** ELISARDO SANCHEZ PEÑA

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE MALAGA

### SENTENCIA N.º 13/2025

En la ciudad de Málaga, en la fecha de su firma electrónica.

D. **José Luis Franco Llorente**, magistrado titular de este Juzgado, ha visto el recurso contencioso-administrativo número **172/2022**, interpuesto por **MÁLAGA PREMIUM HOTEL&HOSTEL S.L.**, representada y defendida por el letrado D. Elisardo Sánchez Peña, contra el **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado y defendido por el letrado de sus servicios jurídicos, de **cuantía no superior a treinta mil euros**.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación de Málaga Premium Hotel&Hostel S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución dictada por delegación de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de fecha 2 de marzo de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la dictada el 17 de diciembre de 2021 en el expediente 2021/1365, que ordenó a Málaga Premium Hotel&Hostel S.L., titular del establecimiento (café-bar) denominado Bendito, sito en calle San Juan n.º. 11, la retirada inmediata de las mesas, sillas y demás elementos que ocupan la vía pública careciendo de la autorización correspondiente, ajustándose en su caso a la superficie autorizada.

**SEGUNDO.-** Subsanados los defectos del escrito inicial se acordó reclamar el expediente administrativo y señalar día para la vista, que se celebró el 27 de noviembre de 2024 con la asistencia de ambas partes y el resultado que consta en autos.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales esenciales.



A los que son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.**

La demandante, titular del establecimiento (café-bar) denominado "Bendito", sito en calle San Juan n.º. 11, de Málaga, impugna la resolución del Ayuntamiento que ordenó la retirada inmediata de las mesas, sillas y demás elementos que ocupan la vía pública careciendo de la autorización correspondiente, ajustándose en su caso a la superficie autorizada, todo ello por el exceso de ocupación detectado por un inspector de vía pública el día 4 de diciembre de 2021 a las 13 horas.

Se alega como motivos del recurso la discrepancia entre los hechos relatados en el acta de inspección y en la resolución final del procedimiento, la ineficacia probatoria del acta y la omisión de audiencia del interesado.

#### **SEGUNDO.- NORMATIVA REGULADORA.**

La Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Málaga reguladora de la ocupación de la vía pública (BOP n.º. 129, de 5 de julio de 2018), establece en su artículo 24 ("Retirada de la vía pública") lo siguiente:

*"1. Cuando se detecten incumplimientos en cuanto a la superficie autorizada, el órgano competente ordenará, según proceda, el cese de la instalación de la terraza con la retirada de todos sus elementos o sólo de los elementos contrarios a esta ordenanza y a la licencia, o la corrección de las deficiencias o actuaciones que procedan. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutivas y, salvo que se acuerde su suspensión en vía de recurso, deberán cumplirse por el titular de la terraza en el plazo señalado en la resolución, transcurrido el cual se procederá a la ejecución forzosa conforme a lo previsto en la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo común. Los gastos de las actuaciones correspondientes a la retirada del mobiliario serán con cargo al titular del establecimiento objeto de dicha retirada.*

*2. Cuando se compruebe que la instalación de la terraza sin licencia o excediendo de lo autorizado, impide o dificulta notablemente el uso común general o cualquier uso preferente, o existiere perturbación o peligro de perturbación de la seguridad o tranquilidad públicas, la Policía Local podrá ordenar la inmediata retirada de la terraza o de los elementos perturbadores o las actuaciones o correcciones que procedan. De estas actuaciones se extenderá acta, la cual irá acompañada de las fotografías correspondientes".*



### **TERCERO.- CONCRECIÓN DEL SUPUESTO ENJUICIADO.**

El expediente remitido por la Administración contiene todo el historial (actuaciones fechadas en 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021) de supuestos incumplimientos de la normativa sobre actividades clasificadas detectadas en el café-bar "Bendito".

Pero el objeto de este recurso se limita al análisis de la resolución de 17 de diciembre de 2021, confirmada en reposición por la de 2 de marzo de 2022, dictadas ambas en el expediente 2021/1365, que trae causa de los hechos relatados en el acta de 4 de diciembre de 2021.

### **CUARTO.- AUDIENCIA PREVIA.**

La orden de retirada fue adoptada sin trámite alguno, singularmente la previa audiencia del titular del establecimiento.

Sobre los efectos de la omisión del trámite de audiencia la jurisprudencia ha declarado que no existe un criterio rígido, debiendo estar a las circunstancias concurrentes en cada caso y separar aquellos supuestos en los cuales la omisión de ese trámite ha sido irrelevante al no haber generado indefensión real y material, de aquellos otros en los que su omisión hubiera causado una real indefensión.

Por otro lado resulta necesario estar a la naturaleza del procedimiento, ya que la falta de audiencia resulta insanable cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora, pero no en otros casos.

La orden de retirada de elementos que ocupaban la vía pública se dice amparada en el artículo 24.1 de la ordenanza, y aunque incluida en el Título VI (Inspección y régimen sancionador) no es una sanción.

La Administración la califica como "*...una orden de retirada, una advertencia o apercibimiento, una orden de ejecución regulada en los artículos 98 y siguientes de la LPACAP...*", aunque habría que hablar más bien de una medida para el restablecimiento de la legalidad, que puede concurrir pero es independiente de la sanción que pudiera imponerse por los mismos hechos.

Debe tenerse en cuenta además que durante la actuación inspectora se encontraba presente una empleada del establecimiento, y que contra la orden de retirada la dueña del negocio presentó un recurso de reposición, por lo que debo concluir que la omisión de una



previa audiencia no habría producido una efectiva indefensión al interesado.

#### **QUINTO.- PRUEBA.**

Mejor suerte la alegación de que el Ayuntamiento no ha aportado prueba bastante del incumplimiento que se imputa a la mercantil.

La orden de retirada se basa únicamente en el acta redactada por un inspector de vía pública (folio 46 del expediente) que alude a una ocupación de mayor superficie que la autorizada; concretamente, 15 m<sup>2</sup> de exceso, teniendo autorizados 19 m<sup>2</sup>.

La actora ha negado veracidad a lo relatado en el acta, llamando la atención sobre que el exceso resulta poco verosímil teniendo en cuenta las dimensiones de la calle, y que la fotografía aneja (folio 45) resulta inexpresiva sobre el exceso de ocupación.

Pues bien, aunque las actas y denuncias elaboradas por funcionario público competente se encuentran amparadas por la presunción legal de certeza, ello no impide el control y fiscalización judicial de su contenido, y ejerciendo esa tarea debo compartir las dudas de la recurrente sobre lo consignado en el acta, que debía incorporar una mínima información sobre la forma en que se hizo la medición, acaso también un croquis, y adjuntar en todo caso un soporte fotográfico claro y suficiente, exigencia esta última que en el estado actual de la tecnología no puede limitarse, como pretende la Administración, a los supuestos de urgencia previstos en el artículo 24.2 de la Ordenanza ("*...cuando la ocupación no autorizada o excediendo lo permitido impida o dificulte notablemente el uso común general o cualquier uso preferente, o existiere perturbación o peligro de perturbación de la seguridad o tranquilidad públicas, la Policía Local podrá ordenar la inmediata retirada de la terraza o de los elementos perturbadores o las actuaciones o correcciones que procedan. De estas actuaciones se extenderá acta, la cual irá acompañada de las fotografías correspondientes*").

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

#### **SEXTO.- COSTAS PROCESALES.**

Habiendo sido estimadas las peticiones del actor debo condenar a la Administración demandada al pago de las costas procesales hasta un máximo de doscientos euros más IVA (artículo 139 LJCA).

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación



## FALLO

**ESTIMANDO** el recurso, anulo la resolución impugnada por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico, y condeno al Ayuntamiento de Málaga al pago de las costas procesales hasta un máximo de doscientos euros más IVA

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella **No cabe Recurso ordinario**.

Y remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste**.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

*La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.*



