

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO CUATRO
DE MÁLAGA**
PROCEDIMIENTO: Procedimiento Abreviado 781/16

SENTENCIA NÚMERO 208/19

En la ciudad de Málaga, a 28 de junio 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

SENTENCIA

Vistos los presentes autos de Procedimiento Abreviado número de los de 2016, seguidos por, en los cuales han sido parte, como recurrente, representado por la Procuradora y asistido por el Letrado Sr. : y como Administración recurrida el Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella, con la representación de la Procuradora Sra. y la asistencia de la Letrada

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Procuradora en nombre y representación de D. se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de demanda interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la resolución dictada por la Tenencia de Alcaldía Delegada de Industria y Vía Pública del Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella el día 15 de diciembre de de 2016 en el expediente sancionador número D-20/14, por la que se acordaba imponer al recurrente, como titular del establecimiento denominado sitio en la Avenida del Trapiche, una sanción de 2.000 euros como responsable de la infracción administrativa consistente en realizar ocupación de la vía pública sin autorización, tipificada como muy grave por el artículo 13.3.a) de la Ordenanza reguladora de la ocupación de la vía pública en el término municipal de Marbella; solicitando se dictase Sentencia por la que se anulase la resolución impugnada por no ser ajustada a derecho. De la misma forma, por la Procuradora Sra. en nombre y representación de D. se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de demanda interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta del recurso de reposición formulado frente a la liquidación con código de procedimiento de recaudación 9052180 girada por el Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella en concepto de sanción impuesta en el expediente D-20/14 por importe de 2.000 euros.

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 1/10


Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Segundo.- Convenientemente turnada la demanda, recae el conocimiento de la primera de las enunciatas 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. Respecto de la segunda, recayó su conocimiento en el Juzgado de lo contencioso-administrativo número siete de los de Málaga, que ordenó su tramitación por los cauces del procedimiento abreviado, asignándole el número 68 de 2017. Previos los trámites procesales procedentes, por este Juzgado se dictó auto el 3 de mayo de 2017 acumulando ambos procedimientos, incoados como consecuencia de las demandas referidas previamente.

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 2.000 euros.

Cuarto.- Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales salvo los plazos para señalar vista y dictar Sentencia, dada la acumulación de asuntos en el mismo trámite originada por el volumen de entrada que soporta este Juzgado, que en la anualidad de 2014 superó en más del doble el módulo de ingreso establecido por el Consejo General del Poder Judicial para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, reiterándose la ostensible superación de aquellos en los años sucesivos.

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 incoherente, inconexa y carente de motivación, vulnerando, además, lo dispuesto en los artículos 4.3 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (dada la existencia de un procedimiento sancionador anterior por los mismos hechos no finalizado, estando en presencia de una infracción continuada) y 29.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (al no imponer la sanción en su grado inferior, a la vista del artículo 14 de la Ordenanza, y no justificar el motivo por el que se impone la cantidad de 2.000 euros). Por otra parte, opone la infracción del principio de legalidad, al haberse aplicado las sanciones destinadas a infracciones relativas a falta de autorización de otros elementos pero no de letreros y marquesinas (que tiene su propio régimen sancionador en los artículos 33 y 34 de la Ordenanza), la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por no haberse practicado la prueba propuesta -generando una situación de indefensión-, y la existencia de un error invencible que excluye la culpabilidad. La Administración, por su parte, opuso la plena conformidad a derecho del acto impugnado por las razones que expuso en el plenario y que figura en nota adjunta a las actuaciones, que se dan por reproducidas en aras a la brevedad.

Segundo.- Tal y como puede comprobarse de la lectura del fundamento previo, los motivos de oposición formulados en las demandas frente a los actos administrativos objeto de recurso pueden sistematizarse en dos grandes grupos: alegaciones de carácter formal (supuesta improcedencia del procedimiento hasta la culminación del previo y posible indefensión por no practicarse la prueba propuesta) y alegaciones referentes a la cuestión

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 2/10



Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==



de fondo (posible vulneración de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad). Por razones sistemáticas y puramente lógicas (la estimación de que alguna de ellas pudiera comportar la nulidad del procedimiento sancionador, haciendo superfluo el tratamiento del resto de cuestiones suscitadas) se aborda, en primer lugar, el estudio y resolución de las cuestiones formales antes enunciadas.

Sostiene la parte actora que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, no procedía el inicio e incoación del expediente sancionador en el que se dicta el primero de los actos impugnados dada la existencia de un procedimiento sancionador anterior por los mismos hechos que aún no finalizado -ya con el dictado de resolución, ya con la correspondiente declaración de caducidad-, al hallarse en presencia, sostiene, de una infracción continuada. El procedimiento sancionador previo esgrimido por la parte actora es el iniciado el 30 de julio de 1997, cuyo acuerdo de inicio consta incorporado al folio 71 del expediente. Para dar respuesta a esta cuestión se ha de comenzar exponiendo cómo, efectivamente, el párrafo sexto (que no tercero, como erróneamente sostiene la actora) del artículo cuarto del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora vigente al momento de inicio del expediente vedaba el inicio de nuevos procedimientos sancionadores "por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo". Pues bien, según se refleja en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 (recurso de casación número 3063/2005) los requisitos cuya concurrencia se exige para la aplicación de la figura de la infracción continuada son la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones, la infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos y la planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión. En el sentido ya apuntado, la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 (recurso de casación número 6573/2001) consideraba que para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren la ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; la actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; y por último la unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

En palabras de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 5 de noviembre de 2008 (recurso 1038/2002), en que la infracción continuada, al igual que el delito continuado, se exige la concurrencia de los dos elementos esenciales recogidos en el artículo 74 del Código Penal, que a saber, son a) la existencia de un plan preconcebido, denominado en la doctrina como unidad de designio, dolo o propósito y también como dolo global o de conjunto, que requiere la existencia de una trama preparada con carácter previo que abarca la realización posterior de varios hechos delictivos, lo que aparece exigido en tal norma penal con carácter alternativo al hacer referencia al aprovechamiento de idéntica ocasión; v b) que esa pluralidad de acciones u omisiones que son objeto de un

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 3/10
 Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



mismo proceso y son imputadas a la misma persona o a unas mismas personas infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales de modo que puede existir la continuidad delictiva incluso cuando la norma penal infringida en cada uno de esos diversos hechos sea diferente, siempre que valorando sus diversos elementos típicos, bien jurídico protegido, deber incumplido, etc., en una apreciación global de todo ello, pueda apreciarse que tiene entre sí tal relación de parecido que puedan reputarse semejantes esos distintos preceptos penales violados, que es el término usado por el propio artículo 74 . En el aspecto objetivo, destaca, pues, "la pluralidad de acciones u omisiones", lo que excluye del delito continuado, por definición, las conductas criminales concretadas en un solo hecho. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia vienen estimando precisa una natural conexión espacio-temporal en las diversas acciones u omisiones y ello porque, a partir de semejante relación objetiva, se vislumbra la constatación del factor subjetivo aglutinante, el "plan preconcebido" o el subjetivo del "aprovechamiento de idéntica ocasión". Importante resulta, pues, una cierta proximidad cronológico-espacial de comisión, un ligamen temporal a apreciar en cada supuesto con parámetros de lógica y racionalidad. Y justamente por ello la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009 (recurso 102/07) considera que resulta preciso que los comportamientos sancionados sean de la misma naturaleza, exigiendo una proximidad tanto temporal como espacial.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes, no puede sino rechazarse la tesis sostenida por la parte actora. El procedimiento sancionador al que alude se inició nada menos que el 30 de julio de 1997 (folio 71), mientras que el que da origen al acto que es objeto de recurso se inició mediante resolución dictada por la Tenencia de Alcaldía de Industria y Vía Pública del Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella el día 13 de abril de 2016 (folio 56). De la misma forma, el primero de los expedientes sancionadores se incoa por los siguientes hechos: "continuar realizando ocupación con un toldo instalado en caída fija y anclado al suelo, delante del establecimiento de su propiedad, denominado , sito en Avenida del Trapiche, pese a haber sido requerido con anterioridad para que procediera a su retirada, ya que su autorización le fue denegada con fecha 27-02-97, habiéndose comprobado nuevamente, con fecha 10-07-97, que ha hecho caso omiso a ello y sigue ejerciendo dicha ocupación"; siendo que el segundo expediente se sigue por los que a continuación se describen: "continuar realizando una ocupación de la vía pública, mediante la instalación de diversos elementos en la vía pública (mesas y sillas, marquesina, letreros y macetas, etc.), careciendo de la correspondiente autorización municipal, y pese a requerimiento de retirada notificado con fecha 10 de abril de 2015". Del solo enunciado de las fechas y conductas se desprende que ni concurren la necesaria proximidad temporal ni la homogeneidad del modus operandi en los actos realizados para entender que estamos en presencia de una infracción continuada. Ni los hechos revelan la existencia de una práctica homogénea en ambos casos (los elementos con los que se ocupa el vial son diferentes -mucho más numerosos en la segunda ocasión-, incumpléndose requerimientos realizados en fechas distintas relativos a la retirada de elementos diferentes) ni existe, desde luego, la proximidad temporal exigida (el inicio de los expedientes está separado casi en 20 años). Consecuentemente, no se cumplen las condiciones para la aplicación del artículo 4.6 al que alude la parte.

Tercero.- Denuncia la parte recurrente que se le ha originado indefensión por no haberse practicado la totalidad de pruebas en su día propuestas. Ante esta aseveración debe recordarse que el artículo 24.2 de la Constitución recoge el derecho a "utilizar los medios de prueba pertinentes". extremo este que si bien inicialmente pueda parecer dirigido a los

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmay2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA	4/10
 Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



procesos judiciales, en realidad se ha extendido su alcance al Derecho Administrativo sancionador. Mas lo cierto es que el derecho a la práctica de prueba no es un derecho absoluto, en el sentido de que deba de practicarse toda la propuesta, sino relativo y referido a la pertinencia y relevancia de la propuesta. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de diciembre de 1.990 afirma que: "En cuanto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, es doctrina reiterada de este Tribunal que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Y en concreto, en lo que a medios de prueba se refiere, este Tribunal ha reconocido que, pese a no ser enteramente aplicable el artículo 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores, el derecho del expedientado a utilizar pruebas para su defensa tiene relevancia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/87, 190/87 y 192/87), si bien ha declarado también que ni siquiera en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el precepto citado, existe un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba (Sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 22/90). Lo que del artículo 24.2 de la Constitución Española nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/87), ya que -como también ha declarado este Tribunal- sólo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (Sentencia del Tribunal Constitucional 149/87)".

Pues bien, centrándonos en el supuesto en cuestión, habrá de analizarse si la práctica de las pruebas propuestas por la parte y no llevadas a cabo por la Administración eran o no necesarias y, especialmente, si su denegación causó o no indefensión al afectar a hechos decisivos. Remitiéndonos a los folios 58, 77 y 83 expediente (donde constan las pruebas propuestas por la parte y la decisión adoptada por la Administración) se comprueba que la diligencia propuestas y no practicadas consistieron en que por parte de la Sra. Instructora se solicitase al Servicio de Gestión Tributaria y al Patronato Provincial de Recaudación información acerca de su el expedientado estaba abonando tasa por ocupación de vía pública con mesas, sillas, toldos y marquesinas. Pues bien, la ausencia de práctica de las mismas resulta del todo intrascendente porque, tal y como se recoge en la propia propuesta de resolución obrante a los folios 76 y 77, el artículo 3.1 de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Utilización Privativa o Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local considera sujetos pasivos de la tasa no solo a las personas físicas y jurídicas a favor de las cuales se otorgasen las licencias de ocupación del dominio público local, sino también a "los que se beneficien del aprovechamiento, si es que se procedió sin la autorización correspondiente". Por tanto, el abono de las tasas a las que se alude no pondría de manifiesto la existencia de autorización administrativa para la ocupación (que es lo que debe comprobarse a los efectos de constatar la existencia o no de infracción); sin que, por tanto, de su ausencia de práctica conlleve producción de indefensión alguna. Consecuentemente, procede acometer el estudio de las cuestiones de fondo anteriormente referidas.

Cuarto.- 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,

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 5/10
 Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.

Tal y como se expuso en el primero de los fundamentos de la presente, la parte actora opuso la infracción del principio de legalidad, por, a su entender, haberse aplicado las sanciones destinadas a infracciones relativas a falta de autorización de otros elementos, pero no de letreros y marquesinas (que tiene su propio régimen sancionador en los artículos 33 y 34 de la Ordenanza). Esta cuestión se halla, en realidad, relacionada con 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 al 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 por la

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA	6/10
			
Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



comisión de una infracción contemplada en el artículo 13.1.a) de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de la Vía Pública en el término municipal de Marbella, conforme al cual constituye infracción muy grave "la ocupación de la vía pública sin autorización". De la misma forma, se ha de poner de manifiesto que los hechos por los que resulta sancionado el recurrente son los siguientes: "continuar realizando ocupación de la vía pública mediante la instalación de diversos elementos (mesas, sillas, marquesinas, letreros, macetas, etc), careciendo de la correspondiente autorización municipal, pese al requerimiento de retirada". Pues bien, palmario resulta que se verifica el "perfecto encaje" exigido jurisprudencialmente para entender respetado el principio de tipicidad. La tesis que propugna el demandante (en clave defensiva) es que el comportamiento objeto de sanción pudiera hallar encaje en otros preceptos (el artículo 24.3.b o el 33.3.b) y que, de hecho, los letreros y marquesinas no encuentran encaje en los elementos mencionados en el artículo 13 y sí en el artículo 33. Mas no le asiste la razón. El artículo 13 se encuentra inserto en el título primero de la ordenanza municipal referente a la regulación de las "instalaciones constituidas por mesas, sillas, sombrillas, jardineras, cortavientos, celosías y otros elementos de mobiliario urbano móviles y desmontables, que desarrollan su actividad de forma aneja o accesoria a un establecimiento principal de hostelería y/o restauración". Por el contrario, el artículo 24.3.b) de la Ordenanza (que conceptúa igualmente infracción muy grave el mismo comportamiento) se encuentra incluido en el título segundo que regula los "toldos e instalaciones semejantes, voladizos sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada de los edificios, colocados en establecimientos comerciales e industriales". Por último, y de la misma forma, el artículo 33.3.b) de la Ordenanza (que, de la misma forma, contempla igualmente como infracción muy grave el mismo comportamiento) se encuentra contenido en el título tercero de la Ordenanza, que se ocupa de regular "otras instalaciones en la vía pública: expositores, carteles indicadores, reclamos publicitarios y similares, delimitadores de acceso a locales, rampas para acceso a locales o edificios, actividades divulgativas informativas, vehículos promocionales, así como los rodajes cinematográficos". De la sola lectura del enunciado de cada uno de los Títulos de la Ordenanza Municipal se deduce sin esfuerzo alguno que el precepto sancionador que resulta de aplicación al establecimiento que regenta al recurrente es el aplicado por la Administración, precisamente por ocuparse la vía pública con todo tipo de elementos anejos o accesorios al desarrollo de una actividad de hostelería o restauración (bastando la mera contemplación de las fotografías obrantes en el expediente para alcanzar esta conclusión). Es más, si fuese aplicable el 33 y no el 13, la sanción a imponer sería la misma (vistos los artículos 14.3 y 34.3), resultando intrascendente para el recurrente tal error. Consecuentemente, el recurso no puede prosperar por esta causa.

Quinto.- Sostiene, además, el recurrente que "no existe elemento de culpa", al haber incurrido el mismo en un "error invencible" dada su formación. Ello supone una implícita alegación a la posible vulneración del principio de culpabilidad. El mismo resulta aplicable igualmente al derecho administrativo sancionador, quedando consagrado en nuestro derecho positivo en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público bajo la denominación del "principio de responsabilidad", a cuyo tenor sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. Como exponen, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1992 y 14 de julio de 1998 (ambas con cita de las pretéritas de 17 de octubre de 1989 de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo y 6 de noviembre de 1990 de la Sala Tercera) la potestad sancionadora de la Administración goza de análoga naturaleza que la potestad penal, de lo que se deduce que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamv2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
-------------	---	-------	------------

ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA	7/10
-----------	---------------------------	--------------------------	--------	------



Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

conducta reúna las notas de antijuridicidad y tipicidad, sino que, además, es necesaria la nota de culpabilidad, pues nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa. Constituye, por ello, uno de los principales componentes de la infracción administrativa el elemento de la culpabilidad, del que se desprende que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser en todo caso, imputable a su autor, en cualquiera de las categorías de culpabilidad.

Pues bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ordenanza Municipal antes referida "son responsables de las infracciones, atendiendo las circunstancias concurrentes, quienes realicen las conductas infractoras, y en particular: a los titulares de las actividades". No parece, consecuentemente, que la responsabilidad del recurrente pueda cuestionarse (al no resultar debatido que el mismo ostenta la titularidad del establecimiento). Lo que, en cambio, parece suscitar la parte es que, con independencia de este hecho, el mismo estaba en el convencimiento (dada su formación) de disponer de autorización por abonar puntualmente las tasas correspondientes por ocupación de la vía pública. Mas tal alegato resulta radicalmente incompatible con la propia documental adjunta a su escrito de alegaciones y, en especial, con el Decreto de Alcaldía de 30 de julio de 1997 obrante al folio 71 del expediente. De acuerdo con el mismo (aportado motu proprio por el demandante en vía administrativa) se inició un procedimiento sancionador frente a aquel por "continuar realizando ocupación con un toldo instalado en caída fija y anclado al suelo, delante del establecimiento de su propiedad, denominado _____, sito en Avenida del Trapiche, _____ pese a haber sido requerido con anterioridad para que procediera a su retirada, ya que su autorización le fue denegada con fecha 27-02-97, habiéndose comprobado nuevamente, con fecha 10-07-97, que ha hecho caso omiso a ello y sigue ejerciendo dicha ocupación". De la lectura de esta resolución se constata cómo resulta materialmente imposible que el mismo ignorase en 2016 la inexistencia de autorización y la procedencia de retirar los elementos de la vía pública, razón por lo que la supuesta convicción esgrimida resulte del todo inverosímil (razón por la que el alegato bordea peligrosamente la temeridad). Consecuentemente, tampoco puede estimarse el recurso por esta razón.

Sexto.- Se alega, por último, por la parte recurrente que la Administración no ha respetado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción que es objeto de recurso. Para abordar esta cuestión de forma correcta deben efectuarse una serie de previas reflexiones. El citado principio, como exponen la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1996, 2 de octubre de 1997 y 20 de julio de 1999 citadas en la misma, se encuadra como proyección o anexo del principio de legalidad consagrado en el ámbito del derecho sancionador. Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2001, el mismo configura un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración cuando la norma establece para una infracción variadas sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria, debiendo ser en tal supuesto individualizada o adaptada la sanción a la gravedad del hecho por el que se acuerda su imposición. Constituye, por tanto, el de proporcionalidad un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995), pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso de lo que se trata es de aplicar criterios valorativos

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 8/10
 Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

jurídicos plasmados en la norma escrita, que se infieren de principios integradores del ordenamiento jurídico sancionador. De ello se colige que la determinación de la sanción a imponer es una actividad reglada, por lo que la misma no queda al mero arbitrio de la Administración, de forma que resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino igualmente su modificación o reducción. En definitiva, la discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina esta ya fijada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987, 15 de marzo de 1988, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990, 26 de septiembre de 1990 y 30 de octubre de 1990, entre muchas otras.

Hallándonos ante una infracción administrativa muy grave que apareja la imposición de una sanción pecuniaria para cuya fijación se señala un margen cuantitativo de entre 1501 y 3.000 en el artículo 14.3 de la Ordenanza tantas veces citada, habrá de analizarse si el importe de la sanción impuesta por la Administración se adecua a la gravedad y circunstancias del hecho cometido. Y para ello ha de estarse, precisamente, a la expuesto en dicho precepto, conforme al cual "las sanciones que correspondan por la comisión de las infracciones anteriormente descritas, se graduarán teniendo en cuenta la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la reincidencia, la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme, y/o cualquier otra causa que puede estimarse". Pues bien, a la vista tanto de la muy considerable extensión superficial de la ocupación llevada a cabo -conforme se refleja las fotografías incorporadas a los folios 3, 14, 23 y 24 del expediente-, que comporta la producción de graves perjuicios a los intereses públicos, así como la reiteración e intencionalidad de la ocupación previamente referida en el anterior fundamento (desde febrero del año 1997 es consciente el recurrente de su obligación de cesar en la ocupación); se concluye que la sanción impuesta no vulnera en modo alguno el principio de proporcionalidad. Alega la parte recurrente la aplicación retroactiva del artículo 29.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a la cual -sostiene- debiera imponerse al recurrente la sanción de 1.500 euros. Mas tal tesis parte de una premisa incorrecta. Conforme al tenor literal del citado párrafo, "cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior". Pues bien, el demandante parece confundir cuantía mínima con grado inferior. Y obvia, además, que la aplicación de este previsión es facultativa, cuando lo justifiquen las circunstancias concurrentes. En este supuesto, como se ha razonado, lo que se aprecia es la concurrencia de circunstancias que justificarían la aplicación de una sanción en cuantía incluso superior a la impuesta; nunca la de una inferior. Por ello el recurso ha de ser íntegramente desestimado, al ser la liquidación igualmente impugnada una actuación llevada a cabo en pura ejecución de la resolución sancionadora (plenamente ajustada a derecho).

Séptimo.- 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 rzone, que el caso presentaba serias dudas de

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/venfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 9/10
 Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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 la Procuradora Sra. en nombre y representación de D. frente a los actos administrativos citados 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.

Código Seguro de verificación: Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 02/07/2019 14:38:52	FECHA	02/07/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==	PÁGINA 10/10



Xr2zayKRfA0Hrb2NODImhQ==