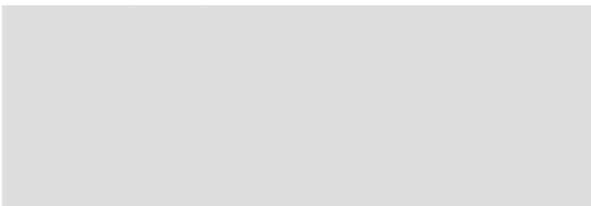


**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 446/2022
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 111/2022**

SENTENCIA NÚM 1195/2023

ILMOS SRES.



En Barcelona, a 29 de marzo de 2023

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado de lo contencioso nº 3 de Barcelona.

Son parte:

- **APELANTE:** [REDACTED] representada por [REDACTED]

- **APELADO:** Ayuntamiento de Vic, representado por [REDACTED]

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la parte apelante, recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimatoria del recurso de apelación interpuesto y por la que, revocando la resolución judicial de la instancia, se declarase contraria a derecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO. - El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la parte apelada para que en el plazo común de quince días manifestara oposición o adhesión a dicho recurso manifestando su oposición al mismo.

TERCERO. - Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 21 de marzo de 2023, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO. - Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – La sentencia recurrida.

Fue objeto del presente procedimiento en la instancia la resolución de fecha 3 de abril de 2019 por la cual se desestima las alegaciones presentadas por la parte actora y se revoca y declara extinguida la licencia de mercado de marchantes de [REDACTED] relativa al puesto número 038 (sábado-Plaza Mayor), del mercado de venta no sedentaria de Vic (Barcelona). Dos fueron las cuestiones que alegaba la parte actora en la instancia: la falta de competencia de la regidora delegada para revocar una autorización de explotación de dominio público y la inclusión en la resolución final de hechos que no estaban incluidos en la propuesta por lo que no pudieron ser debatidos.

La competencia encuentra su fundamento en el Decreto 2986/2015, de 30 de junio de 2015, en el que se acordó en el punto 2.4 la delegación de facultades a favor de la concejal, miembro de la Junta de Gobierno Local, [REDACTED] las potestades de propuesta de gestión y propuesta de resolución en las materias atribuidas a la Alcaldía por la legislación vigente en materia de mercado de marchante. Asimismo, se delegó la adopción de actos y resoluciones relativos a la materia mencionada. Cita también la Ordenanza municipal reguladora de mercados de marchantes para justificar la competencia de la regidora delegada sin que por la parte se ha ya justificado la falta de competencia y sin que se haya alegado semejante vicio en vía administrativa.

En cuanto a la infracción relativa a la ausencia del trámite de audiencia por faltas de asistencia al mercado o infracción de las garantías de los procedimientos sancionadores, arguye la sentencia impugnada que se cumplió con el trámite de alegaciones. Que, si no se dio oportunidad de alegar a la ahora apelante acerca de la existencia de faltas de asistencia al punto de venta para el desarrollo de la actividad, ello no es óbice para el dictado de la resolución puesto que revocación de la licencia no se fundamenta en dicho extremo. Considera, así, que estaríamos ante una nulidad no invalidante.

Señala que la revocación de la licencia ha encontrado su fundamentación en lo indicado en el artículo 14.2.2, en particular, cuando *“se detecte la venta de productos falsificados o por la venta de productos de los que no sea posible demostrar que se han conseguido de manera ilícita”*. Sobre dicho extremo sí pudo alegar la apelante sin que consiguiese acreditar el origen lícito de los productos que vendía, bolsos de

mano, acerca de lo cual levantó acta la Guardia urbana sobre el presunto origen ilícito de los mismos.

SEGUNDO.- La posición de las partes.

Frente a lo anterior se alza la parte apelante alegando que la competencia para la revocación de licencias corresponde al Pleno municipal o la Junta de Gobierno local sin que la regidora delegada, en base a la competencia genérica del artículo 4.12 de la Ordenanza, pueda adoptar la resolución aquí examinada. Señala que es exigible una norma con rango de ley para la delegación de funciones que se pretende en la Ordenanza y que, por ende, se han infringido las garantías de la Ley 18/2017 de comercio, mercado y ferias, la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común y la Ley de bases de régimen local 7/85.

Alega también que no se ha acreditado el hecho causante de la revocación. Respecto de dicho extremo no se hace mención en el acta de la Guardia Urbana de Vic de la existencia de objetos falsificados que estuvieran a la venta; recuerda que los hechos fueron archivados por el juzgado de instrucción en vía penal y que, en última instancia, el procedimiento de revocación se inició por el impago de unas tasas que después fueron abonadas. Pone el acento en la falta de cumplimiento del trámite de alegaciones ante las inasistencias repetidas al mercado por parte de la recurrente los días señalados para ello.

TERCERO.- Sobre el recurso interpuesto.

El vicio de incompetencia alegado no puede encontrar acogida ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Bases de régimen local

“1. Corresponde a la Junta de Gobierno Local:

e) La concesión de cualquier tipo de licencia, salvo que la legislación sectorial la atribuya expresamente a otro órgano.

...

2. La Junta de Gobierno Local podrá delegar en los Tenientes de Alcalde, en los demás miembros de la Junta de Gobierno Local, en su caso, en los demás concejales, en los coordinadores generales, directores generales u órganos similares, las funciones enumeradas en los párrafos e), f), g), h) con excepción de la aprobación de la relación de puestos de trabajo, de las retribuciones del personal, de la oferta de empleo público, de la determinación del número y del régimen del personal eventual y de la separación del servicio de los funcionarios, y l) del apartado anterior.”

Asimismo, en el artículo 21 se recoge:

“1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

q) El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local.

3. El Alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo las de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Junta de Gobierno Local, decidir los empates con el voto de calidad, la concertación de operaciones de crédito, la jefatura superior de todo el personal, la separación del servicio de los funcionarios y el despido del personal laboral, y las enunciadas en los párrafos a), e), j), k), l) y m) del apartado 1 de este artículo. No obstante, podrá delegar en la Junta de Gobierno Local el ejercicio de las atribuciones contempladas en el párrafo j).”

Por tanto, la delegación de la competencia relativa a las licencias encuentra su fundamento en lo dispuesto en la LBRL y se ha producido, así como recoge el Decreto/2896/2015, en favor de la regidora delegada en materia de comercio y consumo, turismo y mercado de marchantes. Se trata de una competencia muy amplia que abarca también el otorgamiento de licencias como se recoge en los artículos transcritos. La parte no puede pretender la existencia de infracciones de una plétora de leyes que no ha justificado decayendo su alegación de la existencia de falta de cobertura legal. En cualquier caso, ha de indicarse que, al contrario que en la jurisdicción civil, donde rigen los principios “iura novit curia” y “da mihi factum, dabo tibi ius”, con el límite marcado por el artículo 218.1 párrafo segundo de la LEC (STS Sala primera 27 de marzo de 2001 RC 919/1996); en la jurisdicción contenciosa, el principio iura novit curia rige con otra intensidad como ha remarcado la STS 29 de enero de 2019 (Recurso 4957/2016) de la Sala tercera señala que:

“La Constitución en su art. 106.1 . expresa que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. En el concreto ámbito de la potestad reglamentaria se trata de dilucidar que las normas emanadas de los titulares de aquella potestad no sean contrarias a normas de superior rango, Constitución y Ley (art. 97 CE) por lo que cabe tanto la impugnación directa como la indirecta reconocidas en el art. 26.1LJCA .

El apartado 2 del art. 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , declara que los reglamentos no podrán vulnerar la Constitución ni las leyes.

Tal es el marco legal del que hemos de partir para enjuiciar la impugnación directa realizada sin que incumba a los Tribunales de justicia sustituir a las partes que se encuentra asistidas de letrado a fin de garantizar la igualdad de armas.

Significa, pues, que cualquier alegato de nulidad de una disposición general, naturaleza que ostenta el RD impugnado, exige que el que esgrime la pretendida nulidad ha de justificar cuál es la norma legal infringida por el Reglamento en cuestión.

No ha de olvidarse que, en este ámbito se atribuye a los tribunales de justicia de lo contencioso administrativo un control de legalidad y no de oportunidad.

El respeto a la igualdad de armas, que ha de presidir la resolución de los conflictos exige que las partes muestren razonadamente al Tribunal esa divergencia entre la norma impugnada y la prevalente. Tal exigencia se despliega en los recursos directos que pretenden la anulación de una disposición general o de algunos de sus preceptos dado el control abstracto que se ejercita.

Por tanto, no basta con lanzar al Tribunal un conjunto de prolijas argumentaciones acerca de que una norma reglamentaria produce una serie de discriminaciones que se aducen carentes de motivación, sino que es preciso justificar una contravención de norma de superior rango a fin de mostrar la infracción que se aduce. En caso contrario no es factible controlar si el reglamento respeta o no la Ley que desarrolla o en la que se ampara ya que el control de oportunidad es ajeno al sistema.

Tal actuación aquí no se ha producido. La parte recurrente se ha limitado a enunciar el contenido de los preceptos que afirma vulnerados por la disposición impugnada en contraposición a una serie de conceptos vinculados a la producción de cava más sin justificar que la nueva regulación reglamentaria contravenga norma alguna de superior rango en que se apoya el Real Decreto.”

En conclusión, una mínima fundamentación del derecho aplicable junto con la demostración de la infracción en que se ha incurrido es necesaria sin que por este Tribunal hayan de buscarse los motivos de derecho aplicables.

CUARTO.- La parte actora y apelante fundamenta su crítica contra la sentencia de instancia en la errónea apreciación de la prueba efectuada por la juez a quo, en relación al hecho causante de la revocación. Como concreta la resolución recurrida este se limita, conforme a la Ordenanza municipal reguladora de mercados marchantes del municipio de Vic, a dos aspectos: primero, la venta de producto falsificados o venta de productos que no se ha podido demostrar que se han conseguido de manera lícita; y, no ocupar el lugar de venta en el mercado sin causa justificada durante cuatro días seguidos u ocho alternos durante un año.

Conviene significar que -como reiteradamente tiene establecido esta misma Sala y sección- los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados (artículo 77 de la Ley 39/2015).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a los informes y actas de los Agentes de la Autoridad y dependientes administrativos un principio de veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad apreciada directamente por los agentes, todo ello salvo prueba en contrario; sin embargo, en el presente caso no se da una apreciación directa de los hechos según consta en el informe de los Agentes de la Guardia Urbana. Concretamente, si nos centramos en los folios 9 y 10 del Expediente, se señala en todo momento que los Agentes de la Guardia Civil han intervenido determinado material; que la intervención se ha producido con ocasión de objetos falsificados; que los miembros de la Guardia Civil no dieron información alguna a la Guardia Urbana y que habían tenido conocimiento de que la intervención se había producido en el puesto de la apelante por el responsable del mercado semanal y que la encargada del mercado aportaría la información al departamento competente. Por tanto, no habiendo una inferencia directa, como se reconoce en el expediente, difícilmente se puede hablar de la existencia de objetos falsificados, de

los que nada se aporta y nada se sabe salvo de manera indirecta. Tampoco, contamos, además con información relativa al tal extremo por parte del responsable del mercado semanal.

Por lo anterior, entendemos que no ha quedado acreditado el extremo relativo a la venta de producto falsificados o venta de productos que no se ha podido demostrar que se han conseguido de manera lícito.

QUINTO.- En segundo lugar, si las faltas de asistencia justificadas dan lugar a la revocación de la licencia, ello exige no solamente la constancia de estas, como ocurre en la resolución impugnada y en el informe obrante al folio 34 y 35, si no también dar la oportunidad de presentar las correspondientes justificaciones al titular de la licencia lo que no se ha producido en el presente caso. Consta, eso sí, que al apelante se le dio trámite de alegaciones por otros motivos, pero no concretamente por este ahora abordado. Ha de recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 10 de octubre de 1991, 12 de diciembre de 1992, 17 de septiembre de 1998 y 27 de febrero de 1991) ha venido reduciendo, progresivamente, los supuestos en que la infracción del procedimiento puede tener eficacia invalidante del acto administrativo. Y así, ha declarado que:

* Sólo es procedente la anulación de un acto en el supuesto de que las infracciones procedimentales cometidas en su elaboración supongan una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido.

* No es, en cambio, procedente la anulación de un acto por omisión de un trámite preceptivo cuando: a) Aun cumplido este trámite, se pueda prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se pretende anular, o b) Cuando la omisión de un trámite preceptivo no causa indefensión al interesado, no existiendo tal indefensión cuando, a pesar de la omisión del trámite, el interesado ha tenido ocasión de alegar a lo largo del procedimiento administrativo o en la vía del recurso administrativo interpuesto contra el acto o en la vía del recurso jurisdiccional, todo lo que la omisión de dicho trámite le impidió alegar.

En el presente caso, no estamos ante cualquier omisión, se ha cercenado la posibilidad de presentar las debidas justificaciones que la misma Ordenanza contempla en caso de ausencias, por lo que, entendemos que al limitar las posibilidades de defensa, se ha incurrido en vulneración del artículo 47.1 a) en relación con el artículo 24 CE y ello conduce a la estimación de la causa de oposición.

QUINTO.- Por todo lo anterior, se anula la resolución dictada aquí impugnada, estimándose el recurso formulado por la parte apelante sin que haya lugar a pronunciarse por la indemnización de los daños y perjuicios causados por carecer de elementos suficientes para determinar la cantidad objeto de condena algo que deberá determinarse en otro procedimiento administrativo.

SEXTA.- Costas. No ha lugar a la imposición de costas derivado de la estimación parcial del recurso.

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

Ante lo expuesto,

FALLAMOS

-Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] solicitando que se anulara la resolución recurrida por entenderla contraria a Derecho, revocando la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado de lo contencioso nº 3 de Barcelona sin que haya lugar a indemnización alguna.

No se imponen costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.