



**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004**

33010280

NIG: 28.079.00.3-2018/0007171

**Recurso de Apelación 349/2019**

**RECURSO DE APELACIÓN 349/2019**

**SENTENCIA NÚMERO 523/2020**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**

**Ilustrísimos señores:**

**Presidente.**

D. J.

**Magistrados:**

D. J.

D.

D<sup>a</sup>.

En la villa de Madrid, a treinta de septiembre de dos mil veinte.

Visto por la Sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso de apelación núm. 349/2019, interpuesto por J., representada por D. J. y defendida por D. J.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



contra la Sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid en el procedimiento ordinario 150/2018, figurando como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, representado por D<sup>a</sup>. [redacted] y defendido por D<sup>a</sup>. [redacted].

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. [redacted], quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** En fecha 12 de marzo de 2019 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid dictó Sentencia en el procedimiento ordinario núm. 150/2018 por la que vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [redacted] contra la resolución de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 12 de enero de 2018, desestimatoria del recurso de reposición entablado contra el Decreto de 10 de noviembre de 2017 de la Concejal de Seguridad Ciudadana.

**Segundo.-** Contra la mencionada resolución judicial D. [redacted] en representación de la entidad actora, interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

**Tercero.-** El Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, a través de su representación procesal, formuló oposición al recurso de apelación presentado por la mercantil actora interesando su desestimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

**Cuarto.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos





presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, lo que se llevó a efecto el 17 de septiembre de 2020.

A los que son de aplicación los consecuentes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Es objeto del presente recurso de apelación la Sentencia dictada el 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid en los autos de procedimiento ordinario 150/2018, en los que se venía a impugnar la resolución de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 12 de enero de 2018, desestimatoria del recurso de reposición entablado contra el Decreto de 10 de noviembre de 2017 de la Concejal de Seguridad Ciudadana, que impone a

una sanción de clausura del local por tiempo de seis meses y un día como responsable de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 37.16 de la Ley de Espectáculos Públicos de la Comunidad de Madrid, consistente en la comisión de dos infracciones graves, una de las cuales es la contemplada en el apartado segundo del artículo 38 del referido Cuerpo legal.

Se sustenta el pronunciamiento desestimatorio combatido en esta segunda instancia, en síntesis, en las siguientes consideraciones: una cosa es que en un mismo espectáculo o actividad recreativa se cometan más de dos infracciones graves (o solo dos si una de ellas es la tipificada en el artículo 38.2 de la LEPAR, como aquí ocurrió) y otra bien distinta que en los dos últimos años se hayan cometido una o varias infracciones que ya hayan sido sancionadas, supuesto este último que incide como circunstancia agravante de la nueva sanción a imponer, refiriéndose las Sentencias citadas por la parte actora en su escrito de demanda a un supuesto distinto como es la tipificación del exceso de aforo como infracción grave o muy grave (artículos 37.11 y 38.11), que se hace depender de la existencia de grave riesgo para las personas o bienes, de modo que esa concreta circunstancia, determinante para que la infracción sea considerada muy grave, no puede tomarse en consideración, a su vez,





para agravar la sanción a imponer; las sanciones que contempla el artículo 41.3 de la LEPER para las sanciones muy graves son alternativas, de modo que cada una de ellas es independiente de las demás y contiene su propia graduación, por lo que la elección por la Administración de una de ellas vendrá determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso; consta en la resolución originaria impugnada y no ha sido rebatido de contrario que la demandante incumple la Ley 17/1997 de forma reiterada, teniendo al tiempo de ser dictada tres expedientes por incumplir el horario de cierre, uno por permitir la entrada a menores, otro por seguridad y un expediente por obstrucción a la labor inspectora de los agentes, habiendo sido impuesta sendas sanciones de multa que han sido abonadas por la recurrente y no han resultado, sin embargo, ser disuasorias de la comisión de nuevas infracciones, por lo que la sanción de clausura, además de resultar razonable, se ajusta a las circunstancias concurrentes y no vulnera el principio de proporcionalidad.

**Segundo.-** Frente a dicha Sentencia se alza en esta apelación D.ª María de Villanueva Ferrer, a través de su representación procesal, aduciendo, resumidamente: que habiendo sido incoado el expediente sancionador por incumplimiento de las medidas de seguridad, al ejercerse la actividad con el cierre bajado con clientes en el interior y estando una de las puertas con un cierre metálico -conducta que se incardinaría *a priori* en el tipo del artículo 38.2 de la Ley 17/1997, con motivo de haber sido sancionada la demandante con anterioridad por la misma infracción (expediente 239/2017), así como por la consistente en permitir la entrada de menores de edad al establecimiento (expediente sancionador 1433/2016)- la conducta fue considerada no como infracción grave sino como infracción muy grave al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.16 de la misma Ley; que, sin cuestionar la aludida calificación, lo que no es conforme a Derecho es la imposición de una sanción de clausura, por ser claramente desproporcionada y vulnerar el principio *non bis in ídem* recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, siendo que, provocando la sanción de clausura perjuicios que exceden del mero quebranto económico, las anteriores infracciones graves de los expedientes 239/2017 y 1433/2017 fueron sancionadas con multa en su cuantía mínima y sin ser dable tener en cuenta la reiteración como criterio de graduación de la conducta cuando la propia calificación del tipo como infracción muy grave lo es, precisamente, por la concurrencia de dicha circunstancia (reiteración).



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730





**Tercero.-** A la pretensión revocatoria deducida en esta segunda instancia opone el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada: que resulta indudable que la apelante confunde de forma interesada la tipificación de la infracción con la graduación de la sanción; que una vez establecido correctamente -y así lo admite la contraparte- el tipo de infracción cometido la sanción viene determinada por lo dispuesto en el artículo 41.3, que contempla diversas sanciones a imponer de modo alternativo sin introducir criterio alguno de preferencia o jerarquía entre las mismas, lo que supone una libertad de elección e incluyéndose entre los criterios de graduación en el artículo 42 la reiteración; y que en la resolución recurrida se razonan de modo expreso los motivos de la elección del tipo de sanción a imponer, evidenciando la conducta de la entidad sancionada que a la recurrente no le importa seguir infringiendo la Ley mientras pueda seguir ejerciendo la actividad.

**Cuarto.-** El análisis de las cuestiones suscitadas en esta segunda instancia aconseja partir de las siguientes premisas fácticas, resultantes del expediente administrativo cuya copia compulsada obra unida a los autos elevados a esta Sala:

a) Incoado procedimiento sancionador contra . por supuesta comisión de infracción administrativa consistente en el incumplimiento de las condiciones de seguridad (ejercicio de la actividad con el cierre bajado con clientes en el interior, estando una de las puertas con un cierre metálico) fueron tomadas en consideración sanciones firmes en vía administrativa impuestas en los expedientes 1433/2016 y 239/2017 con ocasión de la comisión de hechos constitutivos de infracciones graves (permitir la entrada de menores e incumplimiento de medidas de seguridad al ejercer la actividad con el cierre bajado, respectivamente), una de las cuales había sido calificada de falta tipificada en el artículo 38.2, para calificar la nueva falta imputada a la recurrente y aquí apelante como muy grave subsumiendo la conducta en lo dispuesto en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el cual será considerada infracción muy grave *“Cuando en un mismo espectáculo público o actividad recreativa se hubiesen cometido más de dos infracciones graves, o dos infracciones graves, si una de ellas es la contemplada en el apartado 2 del artículo 38”*.



Madrid



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



b) Pudiendo llevar aparejada la infracción aludida, como falta muy grave, la imposición de la sanciones contempladas en el artículo 41.3 de la Ley 17/1997 (que contempla posibles sanciones de multa, clausura del local, suspensión o prohibición de la actividad e inhabilitación para la organización o promoción de espectáculos y actividades recreativas) se optó en este supuesto concreto por imponer a . una sanción de clausura del local por un período temporal de seis meses y un día.

Como justificación de la imposición de la sanción indicada se expone en el informe obrante a los folios 18 al 21 del expediente administrativo, en argumentación que asume el órgano competente en la resolución sancionadora (folios 22 al 25), que “Revisadas las actuaciones de la empresa se observa que incumple la Ley 17/1997 de forma reiterada: tiene tres expedientes por incumplir el horario de cierre, uno por permitir la entrada a menores, otro por seguridad (como ya se indicó) y por último, un expediente por construir la labor inspectora de los agentes en dos vías diferentes que se ha unificado en un expediente lo que ha beneficiado sin duda a la empresa, además de la infracción en materia de seguridad que ha dado lugar a este expediente. Es decir, la empresa muestra un comportamiento de casi constante vulneración de la legislación citada”, añadiéndose que, debiendo suponer tales expedientes sancionadores previos una advertencia al interesado y corrección de su comportamiento, nos encontramos, antes al contrario, ante un comportamiento reiterativo en la infracción, formulándose la propuesta después de abrir seis expedientes sancionadores, algunos de los cuales fueron incoados por infracciones cometidas en varios días, por lo que no se estima que la imposición de una sanción económica sea idónea para corregir el comportamiento ilícito que se viene reiterando por ., debiendo tomarse en consideración, además, la intencionalidad de la sancionada y el comportamiento con los agentes de la autoridad, a los que se impidió la entrada.

c) En la resolución sancionadora se enlaza la motivación expuesta con la regulación contenida en el artículo 42 de la Ley 17/1997, que determina los criterios que deben ser tenidos en cuenta en la gradación de la sanción, aunque circunscribiéndose a la transcripción literal del precepto y sin especificar cuál de los criterios en cuestión fue, en concreto, reputado concurrente.





**Quinto.-** Sobre los antecedentes que han quedado expuestos en el fundamento de derecho que antecede nos encontramos en situación de abordar las distintas cuestiones que han sido objeto de debate en esta segunda instancia, comenzando por la consistente en el tipo de sanción impuesta de entre las que la Ley 17/1997 contempla para infracciones como la aquí sancionada y a la eventual infracción del principio de proporcionalidad, a cuyo efecto y atendidas las alegaciones vertidas por la apelante en su escrito de recurso, conviene realizar algunas precisiones respecto al tipo de infracción imputada y a la compatibilidad de la misma con la apreciación de la reiteración como circunstancia agravante.

La infracción que en este caso se reputó cometida no es otra que la consistente en la comisión de un ilícito calificable autónomamente de falta grave pero habiendo cometido la autora material otra infracción grave y siendo una de ellas (de hecho en el supuesto aquí concurrente tanto la falta anteriormente sancionada como la nueva falta cometida) falta de las tipificadas en el artículo 38.2 de la misma Ley 17/1997 (incumplimiento de las medidas de seguridad).

Pues bien la reiteración o reincidencia pueda operar como criterio de graduación de la sanción, sin alterar la identidad de la infracción -lo que, según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no comporta una vulneración del principio *non bis in idem*- o como elemento de configuración de un tipo distinto de infracción, convirtiendo en infracción calificada como de mayor gravedad la que, sin la consideración de dicha reincidencia o reiteración, sería infracción leve o menos grave, como acontece en el ámbito sectorial específico que estamos examinando. Tanto en uno como en otro supuesto no se produce una nueva sanción de hechos anteriores sino que se aísla en su identidad el hecho reincidente de los anteriores, en consideración de los cuales se cualifica como reincidente. Como puntualiza la STS 14 diciembre 1992 (rec. 10472/1990) *“(q)ue la funcionalidad normativa de la reincidencia sea meramente agravatoria de la sanción a imponer, o sea base de un tipo de infracción más grave, no cambia su significado desde la perspectiva del principio non bis in idem, en el sentido de que en ninguno de los dos casos se vuelvan a sancionar hechos anteriores, sino sólo el hecho nuevo, en el que se produce la reincidencia”* y en tal sentido se ha pronunciado, en efecto, nuestro Tribunal Constitucional.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730





Es exponente de dicha doctrina la STC 86/2017, de 4 de julio (RJ 5) en la que, tras destacar el Alto Tribunal que *“La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, y 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 2)”* puntualiza el Alto Tribunal, reproduciendo argumentación vertida en la precedente STC 188/2005, de 4 de junio (FJ 4) que *“hemos hecho esta declaración cuando mediante dicha agravante lo que el legislador pretendía era castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de una manera más severa, sin que ello signifique que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos o, en su caso, para las posteriores infracciones administrativas”*. No concurre, en consecuencia, una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa o penal y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la referida agravante”, no obstante lo cual destaca el Tribunal en la STC 86/2017 citada que *“la admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia, entendida en los términos expuestos, no alcanza a supuestos en que el legislador crea un tipo, administrativo o penal, autónomo, prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, lo que lesiona el principio non bis in idem y, consecuentemente, el artículo 25.1 CE”*, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*.

En suma en aquellos supuestos en los que, como aquí acontece, la norma no utiliza como criterio objetivo en la tipificación del ilícito la imposición de una o varias sanciones anteriores o el mero hecho de haber cometido cierto número de infracciones en un determinado período temporal sino que se exige, además, en la descripción legal del tipo la comisión de un nuevo ilícito administrativo, adicional y posterior a las previas faltas cometidas y/o sancionadas, no se suscitan dudas de constitucionalidad pues, como afirma la STC 189/2013, de 7 de noviembre (RJ 2), nos encontramos con un precepto sancionador que







castiga la comisión de hechos nuevos, si bien agrava la punición de éstos -y no de los que constituyeron las faltas ya cometidas y sancionadas- en atención a la comisión de anteriores ilícitos administrativos.

**Sexto.-** Supuesta la constitucionalidad de la norma aquí aplicada al configurar como tipo autónomo la reiteración en los términos descritos en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid lo siguiente que debemos notar es que, como afirma la apelante, lo que también veda el citado principio *non bis in ídem* es que aquellas circunstancias tomadas en consideración como integradoras o elementos del tipo de la infracción administrativa -en nuestro caso la reiteración- puedan operar, al propio tiempo, como criterio de graduación de la sanción a imponer \_\_\_\_\_ [por todas STS 1 diciembre 2011 (rec. 336/2008) y las que en ella se citan]. Así lo proscribe con nitidez, en el ámbito penal, el artículo 67 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: *“Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”*.

No es esta, sin embargo, la situación aquí concurrente.

Como resulta sin género de dudas de la mera lectura de la resolución administrativa sancionadora e informe a que hemos hecho mención en el fundamento de derecho cuarto de la presente Sentencia la previa comisión de infracciones a la normativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas se tomó en consideración por el órgano sancionador en orden a reputar cometida la infracción como muy grave, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997 y, al propio tiempo, como justificativa del tipo de sanción impuesta (clausura en lugar de una sanción de multa o demás previstas en el artículo 41.3 de la Ley 17/1997) pero no operó aquí como agravante. De hecho, la sanción impuesta fue la mínima legalmente prevista de seis meses y un día.

Cuestión netamente distinta es la adecuación del tipo de sanción impuesta de entre las





varias posibles, lo que enlaza con la denunciada infracción del principio de proporcionalidad cuyo análisis abordaremos a continuación.

**Séptimo.-** Como expone la STC 113/2002, de 9 de mayo, con cita de numerosos precedentes del mismo Tribunal, *“Ya en la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, declaramos que el art. 25.1 CE “incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”. (...) En concreto, en relación con la garantía material a que se encuentra sujeta la potestad sancionadora de la Administración, hemos precisado que la predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor”*.

Refiriéndose, en consecuencia, la doble garantía impuesta por el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna no sólo a la tipificación de las infracciones sino también -y en igual medida- al establecimiento de las sanciones aplicables dicha regla aparece específicamente consagrada en el artículo 27.2 de la actualmente en vigor Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público, de conformidad con el cual *“Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”*.

Tanto en esa predeterminación normativa como en la determinación de la sanción a





imponer en el caso concreto opera el principio de proporcionalidad a que hace mención el artículo 29 del mismo Cuerpo legal, en cuyo apartado 3 viene a establecerse que *“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*

*a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

*b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

*c) La naturaleza de los perjuicios causados.*

*d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”.*

Se erige, así, el principio de proporcionalidad en principio ordinal del Derecho Administrativo sancionador, que opera como importante límite a la potestad del legislador de determinar las sanciones que corresponden a los ilícitos administrativos y a la potestad sancionadora de la Administración Pública en la determinación de las sanciones que procede imponer por la comisión de hechos tipificados como infracción administrativa [STS 2 junio 2015 (rec. 4502/2012)], desempeñando un papel capital en este ámbito sectorial específico pues, como exponen las SSTs 5 octubre 2011 (rec. 215/2010), 4 diciembre 2012 (rec. 3557/2010) y 29 julio 2014 (rec. 512/2013), no sólo es expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino que *“(…) las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas y que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad, impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas (...), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en*



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Madrid



*las circunstancias concurrentes”.*

**Octavo.-** Tratándose de infracciones de las tipificadas en la Ley autonómica 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas como infracciones muy graves el artículo 41 del mencionado Cuerpo legal contempla la eventual imposición de sanciones de distinta naturaleza y extensión, con la especificación de que las sanciones en cuestión “(...) *se impondrán de manera alternativa salvo en aquellas infracciones que impliquen grave alteración de la seguridad y salud pública, y las que contravengan las disposiciones en materia de protección de la infancia y juventud, en cuyo caso podrán imponerse conjuntamente*”:

a) Multa comprendida entre 60. 001 y 600. 000 euros, salvo la infracción tipificada en el artículo 37.10, que será sancionada con una multa de hasta 900.000 euros.

b) Clausura del local desde seis meses y un día hasta dos años (o cierre definitivo, caso de incurrirse de forma reiterada en infracciones muy graves).

c) Suspensión o prohibición de la actividad o espectáculo desde seis meses y un día hasta dos años.

d) Inhabilitación para la organización o promoción de los espectáculos y actividades recreativas reguladas en la propia Ley 17/1997 desde uno a tres años.

No fija la Ley 17/1997 aquí aplicada unos criterios que sirvan como orientación para decidir sobre la naturaleza de la sanción a imponer lo que, claro está, no puede interpretarse en el sentido de entender que nos encontramos ante la consagración legal de una inadmisibles discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora, habida cuenta que la potestad alternativa que se reconoce en el precepto legal ha de cohonestarse, necesariamente, con los criterios rectores que, en cuanto expresivos del principio de proporcionalidad en el ejercicio





de la potestad sancionadora, contempla el artículo 29.3 de la Ley 40/2015 anteriormente transcrito, así como los criterios que la propia Ley 17/1997 consagra para la graduación general de las sanciones que en la misma se contemplan (artículo 42, que incluye como tales criterios la negligencia o intencionalidad del interesado; la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados; la existencia de reiteración; la trascendencia social de la infracción; la situación de predominio del infractor en el mercado; la conducta observada por el infractor en orden al cumplimiento de las disposiciones legales; y el grado de riesgo, objetivable de acuerdo con la normativa vigente en materia de prevención de incendios, causado por la disminución de las condiciones de seguridad u omisión de las condiciones de salubridad).

Interesa notar, en primer lugar, que al utilizar el artículo 41.2 de la Ley 17/1997 la expresión "de manera alternativa" habilita a la Administración para optar por una de las cuatro sanciones generalmente previstas para las infracciones graves, sin que pueda suponerse que la sanción de multa sea una sanción de menor gravedad que la clausura y sin que pueda el infractor optar por una u otra sanción, como tuvimos ocasión de poner de manifiesto en nuestra Sentencia de 4 de febrero de 2015 (apelación 794/2013) y, en segundo lugar, que, en todo caso, el requisito de la motivación del acto se extiende en estos supuestos, necesariamente, al concreto extremo concerniente a la naturaleza de la sanción impuesta, debiendo exponer el órgano sancionador las razones por las que en el caso concreto estima adecuada la sanción escogida de entre las cuatro posibles.

En tal sentido, la STS 28 septiembre 2017 (casación 426/2015) recuerda que "*para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida*" y ello máxime si tomamos en consideración que, como expone la misma Sentencia, reproduciendo la argumentación contenida en la de 24 de mayo de 2004 (rec. 7600/2000) "*(...) el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece*



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730





para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada”, lo que desemboca en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde en vía de recurso no ya sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino también su modificación o reducción.

En parecidos términos se pronuncian las SSTs 5 octubre 2011, 4 diciembre 2012 y 29 julio 2014, anteriormente citadas: “Es en este ámbito en el que juega, precisamente, un papel extraordinariamente clarificador la motivación del concreto acto administrativo sancionador y en la medida en que la misma habrá de definir, no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad apreciadas y probadas, sino, además, la específica razón que entiende la Administración concurre para, en los márgenes otorgados por la ley, imponer una concreta sanción (...)”.

**Noveno.-** Descendiendo al supuesto concreto sometido a nuestra consideración lo cierto es que no solo se contiene en la resolución sancionadora específica motivación concerniente al tipo de sanción estimada procedente sino que, además de ello, la elección se nos revela como adecuada a la gravedad de la infracción y circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, teniendo en cuenta la constancia de previos expedientes administrativos sancionadores substanciados con ocasión de numerosas infracciones administrativas de las tipificadas en la misma Ley 17/1997 y en los que la sanción impuesta - o propuesta y abonada por la aquí apelante antes, incluso, de la finalización del expediente- fue, precisamente, de naturaleza pecuniaria, evidenciando la conducta de la recurrente en el ejercicio de su actividad el poco carácter disuasorio de esa clase de sanciones y estando justificada, en consecuencia, la sanción de clausura impuesta en evitación de futuras infracciones, esto es, como afirmábamos para similar supuesto en nuestra Sentencia de 4 de febrero de 2015 (apelación 794/2013), para que la sanción en cuestión cumpla el fin de prevención especial que le es propio, provocando el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones.





Tampoco desde la óptica de la graduación de la sanción, por último, puede reputarse aquí infringido el principio de proporcionalidad si tenemos en cuenta que la sanción de clausura se ha impuesto en la extensión mínima legalmente prevista.

**Décimo.-** Las consideraciones que anteceden comportan, necesariamente, la desestimación del recurso de apelación, con imposición a la apelante de las costas procesales de la segunda instancia, en ausencia de circunstancias que justifiquen lo contrario y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de nuestra Ley jurisdiccional, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado tercero del mismo Cuerpo legal, señala 2.000 euros como cuantía máxima, por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en atención a la naturaleza y complejidad del asunto, la cuantía del presente recurso y la actuación profesional desarrollada.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por \_\_\_\_\_, representada por D. \_\_\_\_\_, contra la Sentencia dictada el 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid, confirmando la resolución apelada e imponiendo a la recurrente las costas procesales de esta segunda instancia, con el límite máximo indicado en el último de los fundamentos de derecho de la presente Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección



Madrid



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo Cuerpo legal y previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la ley Orgánica del Poder Judicial, que habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-000-85-0349-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 09074351344609456646730



Madrid





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Madrid

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por \_\_\_\_\_),



**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004**

33010280

NIG: 28.079.00.3-2018/0007171

**Recurso de Apelación 349/2019**

**RECURSO DE APELACIÓN 349/2019**

**SENTENCIA NÚMERO 523/2020**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA**

**Ilustrísimos señores:**

**Presidente.**

D. .

**Magistrados:**

D. .

D. .

D<sup>a</sup>. .

En la villa de Madrid, a treinta de septiembre de dos mil veinte.

Visto por la Sección 2<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso de apelación núm. 349/2019, interpuesto por ., representada por D. ( y defendida por D. .



**Madrid**



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



contra la Sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid en el procedimiento ordinario 150/2018, figurando como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, representado por D<sup>a</sup>. [redacted] y defendido por D<sup>a</sup>. [redacted].

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. [redacted], quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** En fecha 12 de marzo de 2019 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid dictó Sentencia en el procedimiento ordinario núm. 150/2018 por la que vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [redacted] contra la resolución de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 12 de enero de 2018, desestimatoria del recurso de reposición entablado contra el Decreto de 10 de noviembre de 2017 de la Concejal de Seguridad Ciudadana.

**Segundo.-** Contra la mencionada resolución judicial D. [redacted], en representación de la entidad actora, interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

**Tercero.-** El Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, a través de su representación procesal, formuló oposición al recurso de apelación presentado por la mercantil actora interesando su desestimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

**Cuarto.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos





presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, lo que se llevó a efecto el 17 de septiembre de 2020.

A los que son de aplicación los consecuentes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Es objeto del presente recurso de apelación la Sentencia dictada el 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid en los autos de procedimiento ordinario 150/2018, en los que se venía a impugnar la resolución de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 12 de enero de 2018, desestimatoria del recurso de reposición entablado contra el Decreto de 10 de noviembre de 2017 de la Concejal de Seguridad Ciudadana, que impone a

una sanción de clausura del local por tiempo de seis meses y un día como responsable de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 37.16 de la Ley de Espectáculos Públicos de la Comunidad de Madrid, consistente en la comisión de dos infracciones graves, una de las cuales es la contemplada en el apartado segundo del artículo 38 del referido Cuerpo legal.

Se sustenta el pronunciamiento desestimatorio combatido en esta segunda instancia, en síntesis, en las siguientes consideraciones: una cosa es que en un mismo espectáculo o actividad recreativa se cometan más de dos infracciones graves (o solo dos si una de ellas es la tipificada en el artículo 38.2 de la LEPAR, como aquí ocurrió) y otra bien distinta que en los dos últimos años se hayan cometido una o varias infracciones que ya hayan sido sancionadas, supuesto este último que incide como circunstancia agravante de la nueva sanción a imponer, refiriéndose las Sentencias citadas por la parte actora en su escrito de demanda a un supuesto distinto como es la tipificación del exceso de aforo como infracción grave o muy grave (artículos 37.11 y 38.11), que se hace depender de la existencia de grave riesgo para las personas o bienes, de modo que esa concreta circunstancia, determinante para que la infracción sea considerada muy grave, no puede tomarse en consideración, a su vez,





para agravar la sanción a imponer; las sanciones que contempla el artículo 41.3 de la LEPER para las sanciones muy graves son alternativas, de modo que cada una de ellas es independiente de las demás y contiene su propia graduación, por lo que la elección por la Administración de una de ellas vendrá determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso; consta en la resolución originaria impugnada y no ha sido rebatido de contrario que la demandante incumple la Ley 17/1997 de forma reiterada, teniendo al tiempo de ser dictada tres expedientes por incumplir el horario de cierre, uno por permitir la entrada a menores, otro por seguridad y un expediente por obstrucción a la labor inspectora de los agentes, habiendo sido impuesta sendas sanciones de multa que han sido abonadas por la recurrente y no han resultado, sin embargo, ser disuasorias de la comisión de nuevas infracciones, por lo que la sanción de clausura, además de resultar razonable, se ajusta a las circunstancias concurrentes y no vulnera el principio de proporcionalidad.

**Segundo.-** Frente a dicha Sentencia se alza en esta apelación a través de su representación procesal, aduciendo, resumidamente: que habiendo sido incoado el expediente sancionador por incumplimiento de las medidas de seguridad, al ejercerse la actividad con el cierre bajado con clientes en el interior y estando una de las puertas con un cierre metálico -conducta que se incardinaría *a priori* en el tipo del artículo 38.2 de la Ley 17/1997, con motivo de haber sido sancionada la demandante con anterioridad por la misma infracción (expediente 239/2017), así como por la consistente en permitir la entrada de menores de edad al establecimiento (expediente sancionador 1433/2016)- la conducta fue considerada no como infracción grave sino como infracción muy grave al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.16 de la misma Ley; que, sin cuestionar la aludida calificación, lo que no es conforme a Derecho es la imposición de una sanción de clausura, por ser claramente desproporcionada y vulnerar el principio *non bis in ídem* recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, siendo que, provocando la sanción de clausura perjuicios que exceden del mero quebranto económico, las anteriores infracciones graves de los expedientes 239/2017 y 1433/2017 fueron sancionadas con multa en su cuantía mínima y sin ser dable tener en cuenta la reiteración como criterio de graduación de la conducta cuando la propia calificación del tipo como infracción muy grave lo es, precisamente, por la concurrencia de dicha circunstancia (reiteración).





**Tercero.-** A la pretensión revocatoria deducida en esta segunda instancia opone el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada: que resulta indudable que la apelante confunde de forma interesada la tipificación de la infracción con la graduación de la sanción; que una vez establecido correctamente -y así lo admite la contraparte- el tipo de infracción cometido la sanción viene determinada por lo dispuesto en el artículo 41.3, que contempla diversas sanciones a imponer de modo alternativo sin introducir criterio alguno de preferencia o jerarquía entre las mismas, lo que supone una libertad de elección e incluyéndose entre los criterios de graduación en el artículo 42 la reiteración; y que en la resolución recurrida se razonan de modo expreso los motivos de la elección del tipo de sanción a imponer, evidenciando la conducta de la entidad sancionada que a la recurrente no le importa seguir infringiendo la Ley mientras pueda seguir ejerciendo la actividad.

**Cuarto.-** El análisis de las cuestiones suscitadas en esta segunda instancia aconseja partir de las siguientes premisas fácticas, resultantes del expediente administrativo cuya copia compulsada obra unida a los autos elevados a esta Sala:

a) Incoado procedimiento sancionador contra . por supuesta comisión de infracción administrativa consistente en el incumplimiento de las condiciones de seguridad (ejercicio de la actividad con el cierre bajado con clientes en el interior, estando una de las puertas con un cierre metálico) fueron tomadas en consideración sanciones firmes en vía administrativa impuestas en los expedientes 1433/2016 y 239/2017 con ocasión de la comisión de hechos constitutivos de infracciones graves (permitir la entrada de menores e incumplimiento de medidas de seguridad al ejercer la actividad con el cierre bajado, respectivamente), una de las cuales había sido calificada de falta tipificada en el artículo 38.2, para calificar la nueva falta imputada a la recurrente y aquí apelante como muy grave subsumiendo la conducta en lo dispuesto en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el cual será considerada infracción muy grave *“Cuando en un mismo espectáculo público o actividad recreativa se hubiesen cometido más de dos infracciones graves, o dos infracciones graves, si una de ellas es la contemplada en el apartado 2 del artículo 38”*.





b) Pudiendo llevar aparejada la infracción aludida, como falta muy grave, la imposición de la sanciones contempladas en el artículo 41.3 de la Ley 17/1997 (que contempla posibles sanciones de multa, clausura del local, suspensión o prohibición de la actividad e inhabilitación para la organización o promoción de espectáculos y actividades recreativas) se optó en este supuesto concreto por imponer a [redacted] una sanción de clausura del local por un período temporal de seis meses y un día.

Como justificación de la imposición de la sanción indicada se expone en el informe obrante a los folios 18 al 21 del expediente administrativo, en argumentación que asume el órgano competente en la resolución sancionadora (folios 22 al 25), que “Revisadas las actuaciones de la empresa se observa que incumple la Ley 17/1997 de forma reiterada: tiene tres expedientes por incumplir el horario de cierre, uno por permitir la entrada a menores, otro por seguridad (como ya se indicó) y por último, un expediente por construir la labor inspectora de los agentes en dos vías diferentes que se ha unificado en un expediente lo que ha beneficiado sin duda a la empresa, además de la infracción en materia de seguridad que ha dado lugar a este expediente. Es decir, la empresa muestra un comportamiento de casi constante vulneración de la legislación citada”, añadiéndose que, debiendo suponer tales expedientes sancionadores previos una advertencia al interesado y corrección de su comportamiento, nos encontramos, antes al contrario, ante un comportamiento reiterativo en la infracción, formulándose la propuesta después de abrir seis expedientes sancionadores, algunos de los cuales fueron incoados por infracciones cometidas en varios días, por lo que no se estima que la imposición de una sanción económica sea idónea para corregir el comportamiento ilícito que se viene reiterando por [redacted], debiendo tomarse en consideración, además, la intencionalidad de la sancionada y el comportamiento con los agentes de la autoridad, a los que se impidió la entrada.

c) En la resolución sancionadora se enlaza la motivación expuesta con la regulación contenida en el artículo 42 de la Ley 17/1997, que determina los criterios que deben ser tenidos en cuenta en la gradación de la sanción, aunque circunscribiéndose a la transcripción literal del precepto y sin especificar cuál de los criterios en cuestión fue, en concreto, reputado concurrente.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Madrid





**Quinto.-** Sobre los antecedentes que han quedado expuestos en el fundamento de derecho que antecede nos encontramos en situación de abordar las distintas cuestiones que han sido objeto de debate en esta segunda instancia, comenzando por la consistente en el tipo de sanción impuesta de entre las que la Ley 17/1997 contempla para infracciones como la aquí sancionada y a la eventual infracción del principio de proporcionalidad, a cuyo efecto y atendidas las alegaciones vertidas por la apelante en su escrito de recurso, conviene realizar algunas precisiones respecto al tipo de infracción imputada y a la compatibilidad de la misma con la apreciación de la reiteración como circunstancia agravante.

La infracción que en este caso se reputó cometida no es otra que la consistente en la comisión de un ilícito calificable autónomamente de falta grave pero habiendo cometido la autora material otra infracción grave y siendo una de ellas (de hecho en el supuesto aquí concurrente tanto la falta anteriormente sancionada como la nueva falta cometida) falta de las tipificadas en el artículo 38.2 de la misma Ley 17/1997 (incumplimiento de las medidas de seguridad).

Pues bien la reiteración o reincidencia pueda operar como criterio de graduación de la sanción, sin alterar la identidad de la infracción -lo que, según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no comporta una vulneración del principio *non bis in idem*- o como elemento de configuración de un tipo distinto de infracción, convirtiendo en infracción calificada como de mayor gravedad la que, sin la consideración de dicha reincidencia o reiteración, sería infracción leve o menos grave, como acontece en el ámbito sectorial específico que estamos examinando. Tanto en uno como en otro supuesto no se produce una nueva sanción de hechos anteriores sino que se aísla en su identidad el hecho reincidente de los anteriores, en consideración de los cuales se cualifica como reincidente. Como puntualiza la STS 14 diciembre 1992 (rec. 10472/1990) *“(q)ue la funcionalidad normativa de la reincidencia sea meramente agravatoria de la sanción a imponer, o sea base de un tipo de infracción más grave, no cambia su significado desde la perspectiva del principio non bis in idem, en el sentido de que en ninguno de los dos casos se vuelvan a sancionar hechos anteriores, sino sólo el hecho nuevo, en el que se produce la reincidencia”* y en tal sentido se ha pronunciado, en efecto, nuestro Tribunal Constitucional.



Madrid



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Es exponente de dicha doctrina la STC 86/2017, de 4 de julio (RJ 5) en la que, tras destacar el Alto Tribunal que *“La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, y 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 2)”* puntualiza el Alto Tribunal, reproduciendo argumentación vertida en la precedente STC 188/2005, de 4 de junio (FJ 4) que *“hemos hecho esta declaración cuando mediante dicha agravante lo que el legislador pretendía era castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de una manera más severa, sin que ello signifique que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos o, en su caso, para las posteriores infracciones administrativas”*. No concurre, en consecuencia, una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa o penal y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la referida agravante”, no obstante lo cual destaca el Tribunal en la STC 86/2017 citada que *“la admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia, entendida en los términos expuestos, no alcanza a supuestos en que el legislador crea un tipo, administrativo o penal, autónomo, prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor, pues en tal caso lo que se castiga realmente son hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, lo que lesiona el principio non bis in idem y, consecuentemente, el artículo 25.1 CE”*, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*.

En suma en aquellos supuestos en los que, como aquí acontece, la norma no utiliza como criterio objetivo en la tipificación del ilícito la imposición de una o varias sanciones anteriores o el mero hecho de haber cometido cierto número de infracciones en un determinado período temporal sino que se exige, además, en la descripción legal del tipo la comisión de un nuevo ilícito administrativo, adicional y posterior a las previas faltas cometidas y/o sancionadas, no se suscitan dudas de constitucionalidad pues, como afirma la STC 189/2013, de 7 de noviembre (RJ 2), nos encontramos con un precepto sancionador que





castiga la comisión de hechos nuevos, si bien agrava la punición de éstos -y no de los que constituyeron las faltas ya cometidas y sancionadas- en atención a la comisión de anteriores ilícitos administrativos.

**Sexto.-** Supuesta la constitucionalidad de la norma aquí aplicada al configurar como tipo autónomo la reiteración en los términos descritos en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid lo siguiente que debemos notar es que, como afirma la apelante, lo que también veda el citado principio *non bis in ídem* es que aquellas circunstancias tomadas en consideración como integradoras o elementos del tipo de la infracción administrativa -en nuestro caso la reiteración- puedan operar, al propio tiempo, como criterio de graduación de la sanción a imponer \_\_\_\_\_ [por todas STS 1 diciembre 2011 (rec. 336/2008) y las que en ella se citan]. Así lo proscribiremos con nitidez, en el ámbito penal, el artículo 67 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: “*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*”.

No es esta, sin embargo, la situación aquí concurrente.

Como resulta sin género de dudas de la mera lectura de la resolución administrativa sancionadora e informe a que hemos hecho mención en el fundamento de derecho cuarto de la presente Sentencia la previa comisión de infracciones a la normativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas se tomó en consideración por el órgano sancionador en orden a reputar cometida la infracción como muy grave, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.16 de la Ley 17/1997 y, al propio tiempo, como justificativa del tipo de sanción impuesta (clausura en lugar de una sanción de multa o demás previstas en el artículo 41.3 de la Ley 17/1997) pero no operó aquí como agravante. De hecho, la sanción impuesta fue la mínima legalmente prevista de seis meses y un día.

Cuestión netamente distinta es la adecuación del tipo de sanción impuesta de entre las





varias posibles, lo que enlaza con la denunciada infracción del principio de proporcionalidad cuyo análisis abordaremos a continuación.

**Séptimo.-** Como expone la STC 113/2002, de 9 de mayo, con cita de numerosos precedentes del mismo Tribunal, *“Ya en la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, declaramos que el art. 25.1 CE “incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”. (...) En concreto, en relación con la garantía material a que se encuentra sujeta la potestad sancionadora de la Administración, hemos precisado que la predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor”*.

Refiriéndose, en consecuencia, la doble garantía impuesta por el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna no sólo a la tipificación de las infracciones sino también -y en igual medida- al establecimiento de las sanciones aplicables dicha regla aparece específicamente consagrada en el artículo 27.2 de la actualmente en vigor Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público, de conformidad con el cual *“Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”*.

Tanto en esa predeterminación normativa como en la determinación de la sanción a



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



imponer en el caso concreto opera el principio de proporcionalidad a que hace mención el artículo 29 del mismo Cuerpo legal, en cuyo apartado 3 viene a establecerse que *“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*

*a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

*b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

*c) La naturaleza de los perjuicios causados.*

*d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”.*

Se erige, así, el principio de proporcionalidad en principio ordinamental del Derecho Administrativo sancionador, que opera como importante límite a la potestad del legislador de determinar las sanciones que corresponden a los ilícitos administrativos y a la potestad sancionadora de la Administración Pública en la determinación de las sanciones que procede imponer por la comisión de hechos tipificados como infracción administrativa [STS 2 junio 2015 (rec. 4502/2012)], desempeñando un papel capital en este ámbito sectorial específico pues, como exponen las SSTs 5 octubre 2011 (rec. 215/2010), 4 diciembre 2012 (rec. 3557/2010) y 29 julio 2014 (rec. 512/2013), no sólo es expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino que *“(…) las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas y que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad, impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas (...), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en*





*las circunstancias concurrentes”.*

**Octavo.-** Tratándose de infracciones de las tipificadas en la Ley autonómica 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas como infracciones muy graves el artículo 41 del mencionado Cuerpo legal contempla la eventual imposición de sanciones de distinta naturaleza y extensión, con la especificación de que las sanciones en cuestión “(...) *se impondrán de manera alternativa salvo en aquellas infracciones que impliquen grave alteración de la seguridad y salud pública, y las que contravengan las disposiciones en materia de protección de la infancia y juventud, en cuyo caso podrán imponerse conjuntamente*”:

a) Multa comprendida entre 60. 001 y 600. 000 euros, salvo la infracción tipificada en el artículo 37.10, que será sancionada con una multa de hasta 900.000 euros.

b) Clausura del local desde seis meses y un día hasta dos años (o cierre definitivo, caso de incurrirse de forma reiterada en infracciones muy graves).

c) Suspensión o prohibición de la actividad o espectáculo desde seis meses y un día hasta dos años.

d) Inhabilitación para la organización o promoción de los espectáculos y actividades recreativas reguladas en la propia Ley 17/1997 desde uno a tres años.

No fija la Ley 17/1997 aquí aplicada unos criterios que sirvan como orientación para decidir sobre la naturaleza de la sanción a imponer lo que, claro está, no puede interpretarse en el sentido de entender que nos encontramos ante la consagración legal de una inadmisibles discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora, habida cuenta que la potestad alternativa que se reconoce en el precepto legal ha de cohonestarse, necesariamente, con los criterios rectores que, en cuanto expresivos del principio de proporcionalidad en el ejercicio





de la potestad sancionadora, contempla el artículo 29.3 de la Ley 40/2015 anteriormente transcrito, así como los criterios que la propia Ley 17/1997 consagra para la graduación general de las sanciones que en la misma se contemplan (artículo 42, que incluye como tales criterios la negligencia o intencionalidad del interesado; la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados; la existencia de reiteración; la trascendencia social de la infracción; la situación de predominio del infractor en el mercado; la conducta observada por el infractor en orden al cumplimiento de las disposiciones legales; y el grado de riesgo, objetivable de acuerdo con la normativa vigente en materia de prevención de incendios, causado por la disminución de las condiciones de seguridad u omisión de las condiciones de salubridad).

Interesa notar, en primer lugar, que al utilizar el artículo 41.2 de la Ley 17/1997 la expresión "de manera alternativa" habilita a la Administración para optar por una de las cuatro sanciones generalmente previstas para las infracciones graves, sin que pueda suponerse que la sanción de multa sea una sanción de menor gravedad que la clausura y sin que pueda el infractor optar por una u otra sanción, como tuvimos ocasión de poner de manifiesto en nuestra Sentencia de 4 de febrero de 2015 (apelación 794/2013) y, en segundo lugar, que, en todo caso, el requisito de la motivación del acto se extiende en estos supuestos, necesariamente, al concreto extremo concerniente a la naturaleza de la sanción impuesta, debiendo exponer el órgano sancionador las razones por las que en el caso concreto estima adecuada la sanción escogida de entre las cuatro posibles.

En tal sentido, la STS 28 septiembre 2017 (casación 426/2015) recuerda que "*para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida*" y ello máxime si tomamos en consideración que, como expone la misma Sentencia, reproduciendo la argumentación contenida en la de 24 de mayo de 2004 (rec. 7600/2000) "*(...) el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece*



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Madrid



*para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada”, lo que desemboca en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde en vía de recurso no ya sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino también su modificación o reducción.*

En parecidos términos se pronuncian las SSTS 5 octubre 2011, 4 diciembre 2012 y 29 julio 2014, anteriormente citadas: *“Es en este ámbito en el que juega, precisamente, un papel extraordinariamente clarificador la motivación del concreto acto administrativo sancionador y en la medida en que la misma habrá de definir, no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad apreciadas y probadas, sino, además, la específica razón que entiende la Administración concurre para, en los márgenes otorgados por la ley, imponer una concreta sanción (...)”*.

**Noveno.-** Descendiendo al supuesto concreto sometido a nuestra consideración lo cierto es que no solo se contiene en la resolución sancionadora específica motivación concerniente al tipo de sanción estimada procedente sino que, además de ello, la elección se nos revela como adecuada a la gravedad de la infracción y circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, teniendo en cuenta la constancia de previos expedientes administrativos sancionadores substanciados con ocasión de numerosas infracciones administrativas de las tipificadas en la misma Ley 17/1997 y en los que la sanción impuesta - o propuesta y abonada por la aquí apelante antes, incluso, de la finalización del expediente- fue, precisamente, de naturaleza pecuniaria, evidenciando la conducta de la recurrente en el ejercicio de su actividad el poco carácter disuasorio de esa clase de sanciones y estando justificada, en consecuencia, la sanción de clausura impuesta en evitación de futuras infracciones, esto es, como afirmábamos para similar supuesto en nuestra Sentencia de 4 de febrero de 2015 (apelación 794/2013), para que la sanción en cuestión cumpla el fin de prevención especial que le es propio, provocando el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones.







Tampoco desde la óptica de la graduación de la sanción, por último, puede reputarse aquí infringido el principio de proporcionalidad si tenemos en cuenta que la sanción de clausura se ha impuesto en la extensión mínima legalmente prevista.

**Décimo.-** Las consideraciones que anteceden comportan, necesariamente, la desestimación del recurso de apelación, con imposición a la apelante de las costas procesales de la segunda instancia, en ausencia de circunstancias que justifiquen lo contrario y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de nuestra Ley jurisdiccional, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado tercero del mismo Cuerpo legal, señala 2.000 euros como cuantía máxima, por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en atención a la naturaleza y complejidad del asunto, la cuantía del presente recurso y la actuación profesional desarrollada.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por \_\_\_\_\_, J., representada por D. \_\_\_\_\_, contra la Sentencia dictada el 12 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid, confirmando la resolución apelada e imponiendo a la recurrente las costas procesales de esta segunda instancia, con el límite máximo indicado en el último de los fundamentos de derecho de la presente Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección





de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo Cuerpo legal y previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la ley Orgánica del Poder Judicial, que habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-000-85-0349-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 0907435134609456646730



Madrid

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por (.



**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Segunda**

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004  
33001000  
NIG: 28.079.00.3-2018/0007171

**Recurso de Apelación 349/2019**

**De:**

PROCURADOR D./Dña. †

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA

PROCURADOR D./Dña. †



(01) 32794683045

**DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.-** La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy se entrega la anterior sentencia debidamente firmada por los Magistrados que la dictan, se publica la misma mediante firma de la presente conforme a lo establecido en el art. 204 de la LEC y se procede a su notificación a las partes. Así mismo llévase el original al archivo para Sentencias, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

En Madrid, a

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 1294745282005947140591



Madrid

Este documento es una copia auténtica del documento Publicación firmado electrónicamente por  
↑