



Roj: **STSJ AND 14588/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:14588**

Id Cendoj: **41091330032016100864**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **24/11/2016**

Nº de Recurso: **21/2016**

Nº de Resolución: **1090/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO Núm. 21/2016 .

Registro General Núm. 188/2016.

S E N T E N C I A

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

Don Eloy Méndez Martínez.

Don Guillermo del Pino Romero.

En Sevilla, a veinticuatro de noviembre del año dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala en Sevilla de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los autos correspondientes al recurso seguido en esta Sección Tercera con el núm. **21/2016**, interpuesto por la entidad Organización Impulsora de Discapacitados (O.I.D.), representada por el Procurador don Manuel José **Onrubia** Baturone, y defendida por Letrado, contra la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Hacienda y Administración Pública), representada y defendida por la Letrada doña Luisa Wic Galván. La cuantía del recurso es de 90.000 euros. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El recurso se interpuso contra la resolución de 30 de octubre del 2015 de la Viceconsejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía que desestimó el recurso de alzada deducido por la Organización Impulsora de Discapacitados (O.I.D.) contra la resolución de 25 de febrero de 2015 de la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego, por la que se impone a la misma, y solidariamente a las personas que figuran en los correspondientes Estatutos, una multa de 90.000 euros y una sanción accesoria de inutilización de los boletos decomisados, por la comisión de una infracción administrativa muy grave prevista en el art. 28.1 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de Andalucía.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que se anule la resolución recurrida, por considerar la misma contraria a Derecho, con todos los pronunciamientos inherentes a ello.

TERCERO.- En el escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones de la recurrente, y pidió se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda.



CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos por la acumulación de asuntos que penden de esta Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de hoy, en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente procedimiento la resolución de 30 de octubre del 2015 de la Viceconsejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía que desestimó el recurso de alzada deducido por la Organización Impulsora de Discapacitados (O.I.D.) contra la resolución de 25 de febrero de 2015 de la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego, por la que se impone a la misma, y solidariamente a las personas que figuran en los correspondientes Estatutos, una multa de 90.000 euros y una sanción accesoria de inutilización de los boletos decomisados, por la comisión de una infracción administrativa muy grave consistente en la organización y celebración de un juego de lotería en el territorio de la C.A.A. sin poseer la preceptiva autorización administrativa, prevista en el art. 28.1 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de Andalucía.

El primer motivo de impugnación que aduce la entidad recurrente es la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de cualquier actuación relacionada con la O.I.D, citando al respecto unas Diligencias Previas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 (415/1996) que continuaban abiertas a la fecha del escrito de demanda, y la devolución a su favor de boletos intervenidos por distintas autoridades aduaneras, e insiste en se ha de suspender todo procedimiento administrativo sancionador mientras esté abierta dicha causa penal con cita del art.o 114 de la LECrim., así como en la inexistencia de ilícito administrativo pues ya se ha pronunciado la Agencia Tributaria a través de sus dependencias provinciales de Soria y Vizcaya que la actividad de la O.I.D no puede considerarse actividad de contrabando.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha pronunciado ante esta misma alegación en otro caso igual (por todas, sentencia de 8 de julio de 2016, recurso 563/2015) explicando con todo detalle y precisión qué significa la preferencia del orden penal y la necesaria suspensión interina de los procedimientos administrativos sancionadores que recaigan sobre los mismos hechos:

"Como recuerda la STC 70/2012, de 16 de abril, "...es doctrina de este Tribunal fijada, entre otras muchas, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9 (Pleno), que "la infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador-administrativo y penal- y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos". Por ello, "una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal", de modo que "cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión". En definitiva, de no hacerse así, la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE)".

Ahora bien, dicho esto, se añade que, "...puesto que la prioridad de la jurisdicción penal se dirige a preservar el principio non bis in idem, la obligación de la Administración de suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador tiene como premisa que concurran en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento".

El significado de esta triple identidad ha sido reiteradamente expresado, y para no insistir en interminables referencias a la jurisprudencia y doctrina constitucional sobre esta materia -que resulta abundantísima-, y que desfiguren la apreciación más directa del supuesto concreto, no limitamos a dejar constancia de un simple resumen tomado de la STC 77/2.010, de 19 de octubre, al decir que,

"a) Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio non bis in idem bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a bis in



idem se configura, así, como un derecho fundamental (STC. 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su art. 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el "BOE" núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su art. 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su art. 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento "constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento" [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].

b) En su vertiente material -que es la que ahora nos ocupa-, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 b)]."

Toda esa clarificación ha sido ya abordada en anteriores resoluciones y en nuestras propias Sentencias, en las que se descarta fundadamente la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en sede en el artículo 25 de la LCAE 2/1998, de 20 de Febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones de la CAPV, y se desmarcan los supuestos que se enjuiciarían o habrían enjuiciado por el orden penal tanto a nivel de disparidad de hechos, como de ausencia total de un mismo fundamento, -infracción penal de contrabando y defraudación tributaria, en aquel caso, y organización y explotación de juegos sin autorización en el orden sancionador administrativo-, con lo que, en ausencia de toda novedad alegatoria y de la menor censura específica a ese determinante argumento, manteniendo la parte litigante pleno silencio sobre esos extremos sin llegar a plasmar el mecanismo doctrinal y legal que originaría el efecto suspensivo prejudicial pretendido, el motivo debe forzosamente decaer sin mayores detenimientos".

SEGUNDO.- La recurrente alega en su escrito de demanda como segundo motivo impugnatorio la infracción del principio non bis in idem porque con fecha de 17 de junio de 2014 se acordó la incoación de un procedimiento sancionador por la Dirección General del Juego del Ministerio de Hacienda por infracción muy grave tipificada en el artículo 39.g) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, consistente en la realización de actividades de juego infringiendo la reserva establecida en su artículo 4, y "esta sanción es a nivel nacional y comprende todo el territorio del Estado español" y, por tanto, no es de derecho que la Administración de la Junta de Andalucía "nos sancione por el mismo hecho a nivel del territorio de su comunidad autónoma".

Tampoco esta alegación puede ser acogida pues, en principio, no consta que dicho procedimiento acabase con resolución sancionadora por los mismos hechos que los sancionados en el expediente que nos ocupa, y, además, como también se impugna la falta de competencia para sancionar por parte de la Administración demandada, se ha de señalar que aunque el artículo 36 de la Ley 13/2011 atribuye la competencia sancionadora a la Administración del Estado, el apartado 4 de este mismo precepto establece que "cuando la infracción sea cometida por una entidad intermediaria cuyo ámbito de actuación se limite al territorio de una Comunidad Autónoma o cuando la promoción, patrocinio y publicidad de los juegos a través de medios presenciales se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma, será competente para ejercer la potestad sancionadora el órgano autonómico correspondiente".

También se alega la infracción del mismo principio non bis in idem porque la Administración de la Junta de Andalucía incoó dos procedimientos sancionadores más por los mismos hechos a Zulima y a Encarnacion al serles intervenidos 10.260 cupones a la primera, y 53 cupones y 31 boletos a la segunda, el 9 de abril de 2014.

Ahora bien, las sanciones impuestas a estas personas físicas lo han sido en su condición de vendedoras mientras la que se impone a la recurrente lo es en su condición de organizadora y gestora del juego, y, como bien alega la Administración, al no darse la identidad subjetiva ni objetiva no puede apreciarse conculcación del principio invocado.



TERCERO.- Alega también la recurrente que se le sanciona por una actividad legal y autorizable, pero que no se le da autorización por falta de desarrollo reglamentario imputable a la Administración demandada, a la que en su día solicitó autorización.

Tampoco este motivo puede ser estimado porque no se impugna la denegación de esa autorización en su día solicitada en la que examinar las razones de la misma y si son ajustadas a derecho o no, sino una sanción, y es la propia recurrente la que reconoce llanamente que no cuenta con la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad.

Alega igualmente la infracción del art. 4.6 del Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, al haberse incoado el expediente sancionador sin tener en cuenta que se instruían otros expedientes sancionadores como consecuencia de otras infracciones muy graves, en los que no había recaído resolución firme.

La sentencia de esta misma Sala, Sección Cuarta, de 26 de abril de 2016 (recurso 164/2015) respondía a esta alegación razonando que, "al margen de la carencia absoluta de prueba de la alegada existencia de esos supuestos expedientes sancionadores abiertos y no culminados con sanción firme, lo cierto es, aun admitiendo esa hipótesis con ocasión de la formulación de numerosos recursos de apelación por la Organización recurrente, que la cuestión se remite a si estaríamos ante una infracción continuada que debería dar lugar a la imposición de sanción por dicha causa y no a sanciones independientes por cada organización de un juego ilegal por no autorizado.

La previsión de dicho precepto del Reglamento común de la potestad sancionadora (R.D 1.398/1.993, de 4 de agosto), no viene referida a la imposibilidad de sancionar la comisión repetida e independiente de distintos hechos que recaigan sobre el mismo tipo infractor y el mismo bien jurídico protegido, sino que define un necesario límite de cariz procedimental para el supuesto de la infracción de naturaleza continuada que persista en el tiempo, pero que en modo alguno limita la acción punitiva frente a infracción de naturaleza instantánea y perfeccionada o consumada en si misma que se produzca con disparidad de ocasión, momento y lugar, por más que merezca la misma calificación jurídica. Si en la primera situación no pueden apreciarse tantos ilícitos como instantes se sucedan mientras la transgresión perdure, (piénsese, por ejemplo elemental, en una contratación laboral ilegal que se mantiene durante varios meses), tampoco podrán en base a dicha regla dejarse de perseguir y apreciar tantas infracciones sucesivas, independientes, ya sean o no continuadas o persistentes, como lleguen a producirse. (varias contrataciones distintas del mismo o de diferentes empleados).

La infracción continuada exige la pluralidad de acciones u omisiones, la infracción de un mismo o semejante precepto administrativo y la planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión, siendo esta última exigencia consecuencia de una proximidad temporal y espacial de la infracción que permita llegar a conocer el elemento subjetivo basado en el aprovechamiento de esa idéntica ocasión de tal modo que cuando la temporalidad alcanza una dimensión amplia la citada correlación es difícil de apreciar, como sucede en el presente supuesto, donde la organización ilegal de juegos que no cuentan con la preceptiva autorización administrativa implica un actuar temporalmente dilatado que, además, en cada caso incumple la previsión legal de necesaria autorización previa para la realización de cada uno de los ilegales sorteos o juegos de azar".

CUARTO.- También alega la recurrente la falta de motivación para derivar la responsabilidad a "quienes constan como miembros de la Junta Directiva", concretamente, a D. Evelio , Ángeles , Jacinta , Macarena y Adriana .

Sin embargo, gozando la recurrente como Asociación debidamente inscrita de personalidad jurídica, y siendo ésta distinta de la de las personas físicas citadas que son los miembros de la Junta Directiva de la Asociación, carece de legitimación para articular este motivo de impugnación. Ya se dijo que la sanción se impone a la Asociación recurrente "y solidariamente a las personas que figuran en los correspondientes Estatutos", de modo que actuando la demandante en su propio nombre y derecho, no está legitimada para recurrir la condena solidaria extensiva a personas físicas, por no afectar a su esfera de derechos e intereses legítimos, como señala el art. 19.1.b) de la Ley Jurisdiccional, sino a los de las referidas personas físicas.

Como último motivo de impugnación se alega por el recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad al serle impuesta una multa de 90.000 euros.

Ahora bien, la Administración demandada hace notar que la recurrente ha sido sancionada en "reiteradísimas ocasiones", lo que es criterio cualitativo en la graduación de la sanción conforme señala el art. 131.3 de la Ley 30/1992, constando además que estas infracciones calificadas de muy graves son sancionadas con multas de 10.001 hasta 300.000 euros por el artículo 31.1 de la Ley 2/1986, según redacción dada por el número ocho de la disposición final octava de la Ley 7/2013, de 23 diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma



de Andalucía para el año 2014, por lo que el grado inferior de los dos en que se podría dividir la multa dada su extensión, alcanzaría hasta los 150.000 euros, siendo la impuesta considerablemente inferior a ésta. Por tanto, no se observa conculcación del principio de proporcionalidad.

Por último, los Tribunales no están obligados a plantear la cuestión prejudicial siempre y en cualquier caso que se solicite, sino que tienen la facultad de plantearla si se cumplen estos requisitos: que se suscite ante un Juez interno una cuestión relativa a la interpretación de una norma comunitaria; que dicha cuestión surja en el marco de un litigio pendiente ante el Juez o Tribunal; que para poder emitir su fallo el Juez nacional necesite que el T.J.C.E. se pronuncie con carácter previo sobre la interpretación de una norma comunitaria, y esta misma Sala en sentencia de la Sección Segunda de 23 de abril de 2016 (recurso 783/2015) ya ha expresado que no ha lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial "pues ya el Tribunal Europeo se pronunció al respecto en la sentencia de 8.9.2009, cuya conclusión permite afirmar que no habiendo la normativa comunitaria armonizado el funcionamiento de los juegos de azar, los Estados Miembros pueden establecer el grado de protección que estimen necesario, incluso restringiendo la libertad de prestación de servicios garantizada en el Tratado, con fundamento en la protección del interés general, con la única limitación de que tales restricciones sean proporcionadas y guarden coherencia con la finalidad que se busca en las mismas". En igual sentido se pronuncia, más extensamente la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 3 de noviembre de 2011 (recurso apelación 60/2011), entre otras muchas.

Se impone, pues, la desestimación del recurso.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados, los concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Organización Impulsora de Discapacitados (O.I.D.) contra la resolución de 30 de octubre del 2015 de la Viceconsejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía que desestimó el recurso de alzada deducido por la Organización Impulsora de Discapacitados (O.I.D.) expresadas en el antecedente de hecho primero, las cuales confirmamos por considerarlas conformes al Ordenamiento jurídico; y ello, con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer recurso de casación en los términos y con los requisitos para su admisión previstos en los arts. 86 y siguientes de la L.J., el cual habrá de prepararse en el plazo de treinta días a contar desde la notificación de esta resolución, previo el depósito que corresponda.

A su tiempo, con certificación de la misma para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo al lugar de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.