

**Sentencia de la sala tercera de 29 de noviembre de 2023 (rec.8445/2021)**

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1.599/2023**

Fecha de sentencia: 29/11/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8445/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina  
López

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 8445/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina  
López

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1599/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.ª Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 29 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 8445/2021, interpuesto por don Vidal, representado por el procurador don Ángel Rojas Santos y defendido por el letrado don Vicente Navarrete Vilches, contra la *sentencia n.º 1019/2021, de 16 de septiembre, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario n.º 769/2020*, interpuesto, a su vez, contra la Orden de 10 de junio de 2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid, dictada en el expediente sancionador NUM000 por incumplimiento de lo dispuesto en los *artículos 30.1 y 57.1 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos*.

Se ha personado, como recurrida, la Comunidad de Madrid, representada y defendida por la Letrada de los Servicios Jurídicos de dicha Comunidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso n.º 769/2020, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 16 de septiembre de 2021 se dictó la sentencia n.º 1019/2021*, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

### **" FALLAMOS**

**1.- DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de **DON Vidal** contra la Orden de fecha 10 de junio de 2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid, dictada en el Expediente sancionador NUM000 por incumplimiento de lo dispuesto en los *artículos 30.1 y 57.1 de la Ley 5/2002 de 27 de Junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos*

**2.-** Con imposición de costas causadas en el presente recurso a la parte actora, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho correlativo de esta Sentencia".

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes, el representante procesal de don Vidal preparó recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado por auto de 16 de noviembre de 2021*, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas, por diligencia de ordenación de 8 de febrero de 2022, se tuvo por personados al procurador don Ángel Rojas Santos, en representación de don Vidal, como parte recurrente, y a la Letrada de la Comunidad de Madrid, en

representación de dicha Comunidad, como recurrida.

**CUARTO.-** Sometida a la deliberación de la Sala la resolución sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, por auto de 26 de enero de 2023 la Sección Primera acordó:

" **1º)** Admitir a trámite el presente recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Vidal, contra la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1019/2021, de 16-9-2021, que desestima el recurso nº 769/2020* contra la Orden de 10-6-2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid, dictada en el expediente sancionador por incumplimiento de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos.

**2º)** Precisar que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es que se determine si, del *artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical, a los efectos de que puedan estar presentes.

**3º)** Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación, los *artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex *artículo 90.4 de la LJCA*.

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman".

**QUINTO.-** Admitido el recurso, y remitido a esta Sección Cuarta, se confirió el plazo de treinta días a la parte recurrente para su interposición en forma. Trámite evacuado por escrito de 26 de abril de 2023 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia infringidas y suplicó a la Sala que, previos los trámites procesales procedentes,

"se dicte sentencia por la que, aceptando la interpretación del *Art. 78.1 y 2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* que se ha defendido por esta parte, case y anule la sentencia recurrida, estimando íntegramente el presente recurso y, en consecuencia, se estime el suplico de la demanda interpuesta en el procedimiento de instancia contra la Orden de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad que resuelve el expediente sancionador nº NUM000 por el que se impone a D. Vidal una sanción de 60.102,00 &#8364;, declarando por este Tribunal la nulidad de pleno derecho de la misma debido

a que en el expediente sancionador se infringió el *Art. 78.1 y 2 de la LPAC* por no respetarse el preceptivo principio de contradicción inherente al derecho a la prueba connatural al derecho fundamental de defensa establecido en el *Art. 24.2 de la Constitución española*, generando a mi representado una situación de efectiva indefensión material. Lo anterior con la imposición de las costas procesales a la Administración demandada".

**SEXO.-** La Letrada de la Comunidad de Madrid, evacuando el trámite conferido, se opuso al recurso por escrito de 19 de junio de 2023, en el que manifestó, en síntesis, que el recurso debe ser desestimado y respecto a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de 26 de enero de 2023, dijo que

"del tenor literal del *artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, no se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados, siempre y en todo caso los datos referidos a la práctica de la prueba testifical, a los efectos de que puedan estar presentes.

No obstante, lo cual no cabe atenernos a consideraciones abstractas y genéricas, y dar una respuesta unitaria, sino que esa obligación debe ser modulada atendiendo a las circunstancias concurrentes de forma que debe quedar en manos del instructor quien en el ejercicio de sus funciones y en cada caso concreto debe decidir sobre si esa presencia del interesado resulta o no necesaria".

Y suplicó a la Sala que dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo previsto en el *artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción*, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de 22 de septiembre de 2023 se señaló para la votación y fallo el 21 de noviembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**NOVENO.-** En la fecha acordada, 21 de noviembre de 2023, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

La Orden de 10 de junio de 2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid puso fin al expediente sancionador NUM000, seguido contra don Vidal, de nacionalidad china, por incumplimiento de lo dispuesto en los *artículos 30.1 y 57.1 de la Ley 5/2002, de 27 de junio*, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos, y le sancionó con 60.102€#8364;

Los hechos que dieron lugar a la actuación administrativa son, en síntesis, los siguientes. Agentes de la Policía Local de Madrid, en el marco del dispositivo de las "Fiestas de Primavera del Distrito de DIRECCION000 para la vigilancia y prevención de la venta de tabaco y alcohol a menores", extendieron el boletín de denuncia n.º NUM001 el 7 de junio de 2019 en el que exponían que en el establecimiento del

recurrente, sito en la CALLE000 n.º NUM002 de la ciudad de Madrid, a las 20:35 horas observaron directamente la venta a menores de 18 años de una botella de 5 cl. de ron marca Negrita, de 37% de volumen de alcohol. Posteriormente presentaron un informe ampliatorio.

Incoado procedimiento sancionador, notificado al Sr. Vidal y a la vista de sus alegaciones en las que negaba los hechos, el instructor recabó de la Policía Local la ratificación de la denuncia, la cual se hizo el 14 de enero de 2020. Además, la menor identificada como adquirente fue citada por el instructor como testigo, compareció ante él, acompañada de sus padres, el 17 de enero de 2020 y confirmó que era correcto lo que decía el boletín de denuncia. La propuesta del instructor, a la que no consta que alegara el interesado, calificaba los hechos de infracción muy grave del *artículo 30.1 en relación con el artículo 57.1 de la Ley 5/2002* y proponía una sanción de multa de 60.102€;. Y así resolvió la Orden de 10 de junio de 2020 impugnada en este proceso.

En la instancia el Sr. Vidal alegó, de un lado, la infracción el *artículo 10.2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre*, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid. Y, del otro, la infracción del *artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, por la vulneración del principio de proporcionalidad.

El primer reproche partía de que el propio Sr. Vidal había propuesto en el procedimiento administrativo como prueba la declaración testifical de la menor y pidió asistir a su práctica y de que, si bien, la prueba fue admitida, el instructor la practicó sin su presencia. Decía el Sr. Vidal que varios jóvenes acudieron a su establecimiento a comprar bebidas no alcohólicas y comida y que él no vendió ninguna botella de ron de 5 cl. a ninguna joven menor y que podían haberla traído de casa o adquirido en otro establecimiento. Por eso, sostuvo que el instructor incurrió en la vulneración alegada, al haber impedido la preceptiva contradicción causándole así indefensión. El segundo reproche descansaba en el contraste entre la cuantía de la multa, la entidad del hecho que se le imputaba, los ingresos anuales del Sr. Vidal (18.330,96€; en 2019) y el valor de todas las existencias y del mobiliario (estanterías, banquetas, mostradores y frigoríficos) que a lo sumo sería de 15.000€;. Alegaba también el Sr. Vidal que está casado, tiene cuatro hijos y que explota el establecimiento de comercio minorista en régimen de alquiler. Afirmaba el Sr. Vidal que la multa era confiscatoria.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo.

Para rechazar la primera tacha a la actuación administrativa explica que, de los *artículos 77 a 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, a los que se remite el *Decreto 245/2000, no resulta para el instructor la obligación de citar al expedientado a la práctica de las pruebas acordadas o, en su caso, admitidas. Sí es preceptiva la audiencia, con la excepción prevista en el artículo 82.4*. Y así considera garantizada la contradicción y el pleno conocimiento del expediente instruido. Se apoya, además, en una *sentencia anterior de la Sección Décima de la Sala de Madrid, la n.º 74/2017, de 10 de febrero*, y añade que la venta de bebidas alcohólicas en la fecha señalada es un hecho suficientemente acreditado por la denuncia, cuyo valor probatorio reconoce el *artículo 77.5 de dicha Ley*. Como quiera que entiende ajustado a los preceptos legales y reglamentarios el proceder del instructor, desestima este motivo de la demanda.

También rechaza que se infringiera el *artículo 29.3 de la Ley 40/2015* porque la multa impuesta se ajusta al límite inferior en su grado mínimo previsto por el *artículo 59.1 de la Ley 5/2002* para las infracciones muy graves.

**SEGUNDO.-** *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Según se ha visto en los antecedentes, la Sección Primera de esta Sala ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en establecer si:

"del *artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* , se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical, a los efectos de que puedan estar presentes".

A tal fin, nos pide el auto de 26 de enero de 2023 que interpretemos los *artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015* .

**TERCERO.-** *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de don Vidal.

Recuerda que en el trámite de alegaciones al acuerdo de iniciación del expediente sancionador pidió la práctica de la prueba testifical de la persona que aparece como compradora de la bebida y de los agentes que firmaron la denuncia y que se le citara para "efectuar las preguntas que considere oportunas en su defensa". Destaca que fue la única prueba que propuso y que era pertinente y relevante pues era "la única forma de destruir los planteamientos de la acusación poniendo de manifiesto contradicciones e incertezas" que no pudo hacer que afloraran por la incorrecta práctica de la prueba.

Sostiene que la actuación del instructor vulneró el *artículo 78.1 y 2 de la Ley 39/2015* , pues su redacción es inequívoca ya que impone que convoque a los interesados a la práctica de la prueba como plasmación normativa del principio de contradicción, esencia y base del derecho de defensa. No convocarle, añade, ha supuesto también la infracción del *artículo 24.2 de la Constitución* pues resulta equiparable a la omisión de una prueba propuesta e indebidamente inadmitida, con la consiguiente indefensión para él.

Observa que el *artículo 77.1 de la Ley 39/2015* se remite a la *Ley de Enjuiciamiento Civil para la valoración de las pruebas* y que el *artículo 372.1* de esta última establece que, respondidas las preguntas del abogado de la parte que propuso la testifical, los de cualquiera de las demás podrá formular al testigo nuevas preguntas para determinar los hechos. La interpretación del *artículo 78.1 y 2 de la Ley 39/2015* concluye el escrito de interposición, ha de estar en consonancia con el *artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . A la misma conclusión, sigue diciendo, conduce el *artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , que también entiende infringido, porque los principios que inspiran sustantiva y procesalmente el orden penal son aplicables al proceso administrativo sancionador.

Subraya que la comunicación previa a los interesados sobre la práctica de la prueba que prevé el *artículo 78.1 de la Ley 39/2015* es una previsión normativa que

no permite prescindir de la presencia de las partes en la prueba testifical y cita el *artículo 6.3 d) del Convenio de Roma* y el *artículo 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asimismo, invoca la *sentencia de la antigua Sección Séptima de esta Sala de 31 de octubre de 2013 (casación n.º 2789/2012)* y la *sentencia del Tribunal Constitucional n.º 308/2007*.

Termina insistiendo en la indefensión material que se le causó y en la nulidad radical conforme al *artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015* de la actuación administrativa. Por todo ello, pide que anulemos la sentencia impugnada, estimemos el suplico de la demanda y declaremos la nulidad de la Orden de 10 de junio de 2020.

B) El escrito de oposición de la Letrada de la Comunidad de Madrid.

Comienza recordando los hechos. Después, destaca que en el curso del proceso contencioso-administrativo no se solicitó prueba testifical alguna. Seguidamente, resume la sentencia recurrida y subraya que no hay ninguna duda del hecho imputado. Esto es, se vendió una bebida alcohólica a una menor. Luego recoge los argumentos del escrito de interposición y reproduce los *artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015* y afirma que es indiscutible que no resulta obligatorio para el instructor la práctica de toda aquella prueba propuesta por el interesado. Se refiere entonces al *artículo 10 del Decreto 245/2000* y vuelve al *artículo 78 de la Ley 39/2015* para decir que no establece la obligación siempre y en todo caso de citar al interesado para que esté presente en la misma. Solamente impone, prosigue, la necesidad de comunicar que va a practicarse la prueba, haciendo constar el lugar y la fecha de la misma.

Esto, añade, no es incompatible con que el interesado esté presente, incluso acompañado de una asistencia técnica, pero, precisa, "si el legislador hubiese querido que el interesado estuviese siempre presente en la práctica de la misma lo habría hecho constar de manera expresa, tal y como sí hacen los *arts. 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y *448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*".

Después, apunta que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, --"el hecho infractor se presenció de manera directa por la policía, existen hechos objetivos e indubitados como son, que la bebida vendida contiene alcohol y que la compradora era menor de edad (...) [y] que la menor admitió la compra-- "la citación del interesado difícilmente pudiera haber cambiado el resultado".

Apunta que la propia sentencia de instancia entiende que no es obligatoria la citación del interesado y que no padece el artículo 78 de constante cita de una laguna por no pronunciarse sobre la necesidad de la presencia *in situ* del interesado al realizar la prueba. El legislador, explica, pretende que sea el instructor el que en cada caso concreto determine si es o no necesaria. Y afirma que, de concluir esta Sala que siempre que se practique en sede administrativa una prueba se debe citar al interesado y que, de no hacerlo, a pesar de que se practique, el expediente es nulo, se hará "de mejor condición al instructor que decide de manera motivada no practicar la prueba, en cuyo caso en teoría no procede la nulidad, que a quien sí decide practicarla, pero lo hace sin la presencia del interesado, en cuyo caso el expediente es nulo".

Al terminar el escrito de oposición niega de manera rotunda que se haya vulnerado el derecho de defensa del recurrente e insiste en que "difícilmente puede razonarse que con la citación del sancionado a la testifical practicada, hubiera cambiado el resultado de la misma". Recuerda asimismo que en la instancia no se pidió

prueba y que tampoco se hizo ninguna mención en sede casacional al motivo por el cual no se pidió prueba testifical en la instancia para interrogar a la testigo.

Por todo ello, nos pide que desestimemos el recurso de casación.

**CUARTO.-** *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.*

Según hemos visto, de los dos motivos que el Sr. Vidal adujo ante la Sala de Madrid para pedir que se declarara la nulidad de la Orden de 10 de junio de 2020, el auto de admisión solamente ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el relativo a las condiciones en que se ha de practicar la prueba testifical en el curso de un procedimiento sancionador. La cuestión tiene que ver con la interpretación de los *artículos 77 y, especialmente, 78, de la Ley 39/2015*, tal como nos ha indicado la Sección Primera.

Aunque se siguió el procedimiento previsto en el Decreto autonómico 245/2000, a ellos se remite hoy esa disposición reglamentaria, tal como aceptan sin discusión las partes. De otro lado, hemos de señalar que algunos extremos alegados por el escrito de oposición no son relevantes para dirimir esta controversia. En particular, no lo es que el Sr. Vidal no propusiera prueba en la instancia ni tampoco que, ya en casación, no haya explicado por qué no lo hizo. No nos parece relevante porque su reproche arranca de antes, de la actuación del instructor del expediente sancionador y su posterior conducta procesal no invalida ni su pretensión ni los argumentos con los que la defiende. De tener razón, la infracción de la que se queja habría contaminado el curso posterior del procedimiento administrativo y la eventual prueba, ya en el proceso judicial, no lo remediaría.

Hechas estas precisiones, debemos ver qué es lo que dicen los indicados *artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015*. Se trata de lo siguiente:

"Artículo 77. Medios y período de prueba.

1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

3 bis. Cuando el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la persona a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.



A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano administrativo podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

4. En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

5. Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.

6. Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo, organismo público o Entidad de derecho público, se entenderá que éste tiene carácter preceptivo.

7. Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.

#### Artículo 78. Práctica de prueba.

1. La Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.

2. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.

3. En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos".

Sabemos que la Administración adopta sus resoluciones a partir de las diversas situaciones de hecho previstas por las disposiciones que le habilitan para ejercer sus potestades, las que le han conferido las leyes. Es, pues, necesario probarlas si la propia Administración no tiene certeza sobre ellas o si los interesados discuten las que considera constatadas, ya que constituyen el presupuesto imprescindible de la actuación administrativa. Por eso, vemos que el *artículo 77 comienza sentando la regla de que tales hechos pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, remite a la Ley de Enjuiciamiento* para su valoración y habla del período de prueba que puede acordar de oficio el instructor o a solicitud del interesado.

No parece discutible el derecho del afectado por un procedimiento sancionador a pedir un período de prueba y a proponer en él los medios probatorios con los que demostrar que no son ciertos en todo o en parte los hechos que se le imputan. Está

claro que, una vez abierto, no es ilimitada la facultad de propuesta que implica ese derecho. Ahora bien, es igualmente cierto que el instructor del expediente solamente podrá denegar mediante resolución motivada, de entre las pruebas pedidas, aquellas que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias. Así lo dice expresamente el artículo 77.3. Por tanto, el instructor no es el dueño absoluto del procedimiento.

De igual modo, si la denuncia de los agentes de la autoridad hace prueba de los hechos que recoge, salvo que se acredite lo contrario (artículo 77.5), adquiere una relevancia esencial el derecho del afectado a proponer y a que se admitan y practiquen los medios probatorios con los que demostrar que lo sucedido no es lo que esos agentes dicen que ocurrió.

Así, resulta con naturalidad del *artículo 77 que nos ocupa, cuyas prescripciones no son sino el resultado al que ha llegado la interpretación de las garantías que contempla el artículo 24 de la Constitución* y de su mandato de proscripción de la indefensión, garantías especialmente exigentes cuando del procedimiento sancionador se trata, pues a él se aplican, en principio, las establecidas para el proceso penal.

Ahora bien, siendo importante cuanto acabamos de recordar, en este caso lo son más las previsiones del artículo 78 sobre la práctica de la prueba. Concretamente, las de sus apartados 1 y 2. De ellos se desprende que al interesado se le ha debido comunicar con antelación suficiente el comienzo de la realización de las pruebas admitidas y que esa comunicación ha de comprender la indicación del lugar, fecha y hora en que se practicará así como ha de informarle de que puede nombrar técnicos que le asistan. Una comunicación de la naturaleza de la que contempla este precepto legal no es para mero conocimiento del interesado sino, precisamente, para que pueda personarse en el acto en que se lleva a cabo la prueba. No queda, pues, al parecer del instructor hacer o no esa comunicación, y tampoco hacerla incompleta. De igual modo, no queda a su decisión permitir o no la presencia de aquél, pues en tal hipótesis no tendría sentido la comunicación exigida por la Ley. Además, si no puede estar presente, ¿en qué y cómo sería asistido por los técnicos que puede nombrar?

Los términos en que está concebido el artículo 78 conducen directamente a la conclusión de que contempla la presencia en la prueba del interesado. Y, en especial, en supuestos como el de autos.

En efecto, el expediente sancionador arrancó con y se apoyó en el boletín de denuncia, luego ampliado y ratificado por los agentes de la Policía Local, pero después se abrió el período de prueba, tal como había solicitado el Sr. Vidal, y se admitió la prueba testifical que él había propuesto, pero la practicó por sí solo el instructor y ese testimonio adquirió un peso determinante. Viene, pues, al caso el *artículo 77.1 que remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil* para la práctica de la prueba. Y, como dice el escrito de interposición, su artículo 372.1 prevé que en la testifical se formulen preguntas dirigidas a cuestionar el testimonio prestado. Es decir, quiere que se produzca la imprescindible contradicción, no *a posteriori*, sino en el preciso momento en que se testifica. De ahí que en este punto, el *apartado 2 del artículo 78 de la Ley 39/2015* enlace con el citado precepto de la ley procesal.

Las consideraciones desarrolladas hasta ahora conducen a la conclusión de que en la práctica de la prueba se produjo la infracción de los artículos 77 y 78 examinados y que las consecuencias de esa infracción fueron las de impedir la contradicción imprescindible y así causar indefensión al Sr. Vidal, quien no pudo en el momento en

que debió permitírsele hacer a la menor las preguntas con las que pretendía desvirtuar los hechos consignados en la denuncia y el propio testimonio de la menor.

La sentencia y, sobre todo, el escrito de oposición resaltan, a fin de privar de relevancia material a la ausencia del Sr. Vidal en la práctica de la prueba testifical que no hay duda de que cometió la infracción por la que ha sido multado. Sucede, sin embargo, que la convicción a la que se llegó sobre ello reposa en un boletín de denuncia que el recurrente quiso desvirtuar mediante un testimonio en el que no se le permitió intervenir.

Además, en este punto, a la luz de los principios y derechos que reconoce y protege la Constitución en materia sancionadora, en el supuesto de que existieran dudas, que no es el caso, el criterio a seguir para despejarlas, ha de ser el de preservar las garantías.

En definitiva, se impone la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia de la Sala de Madrid. Y, situados en la posición del tribunal de instancia, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad de la Orden de 10 de junio de 2020.

**QUINTO.-** *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

De acuerdo con lo dicho en el fundamento anterior hemos de responder a la cuestión que nos ha sometido el auto de admisión de este modo: en supuestos como el de autos, del artículo 78 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se deduce la obligación para el instructor de comunicar a los interesados los datos referidos a la práctica de la prueba testifical a los efectos de que puedan estar presentes en su práctica e intervenir en ella.

**SEXTO.-** *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación que se ha efectuado en el fundamento cuarto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 8445/2021, interpuesto por don Vidal contra la *sentencia. n.º 1019/2021, de 16 de septiembre, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, que anulamos.

(2.º) Estimar el recurso n.º 769/2020 interpuesto por don Vidal contra la Orden de 10 de junio de 2020 de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid, dictada en el expediente sancionador NUM000, por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 30.1 y 57.1 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos y declarar su nulidad.

(3.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.