



SENTENCIA N° 353/2016

En Málaga, a diecinueve de octubre de dos mil dieciséis

Visto, por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 5 de Málaga, don Santiago Macho Macho, el recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento de Derechos Fundamentales n° 399/2016, seguido para conocer del interpuesto por la Procuradora Sra. Berjano Albert, en representación de don [redacted] [redacted] en cuanto Concejal del Ayuntamiento de Marbella, que assume su propia defensa, frente a resolución del AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, representado por la Procuradora Sra. Miranda Perles y asistido por el Letrado Sr. Miranda Perles.
Interviene el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El recurso es interpuesto con escrito presentado el 8/07/2016, donde es señalado como actuación impugnada la falta de respuesta a petición realizada el 26/02/2016, solicitando informe sobre altos cargos e invitados que han asistido a Fitur 2016 con indicación de gastos en hospedaje y desplazamiento. Como norma constitucional infringida es invocado el artículo 23 de la Constitución Española.

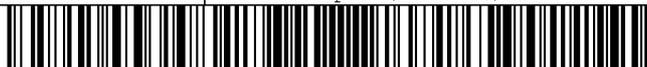
El recurso es remitido a este Juzgado en reparto realizado el 11/07/16, y admitido a trámite, una vez subsanado defecto, con resolución de 20/05/2016, que acuerda la tramitación de los autos conforme al procedimiento previsto en el capítulo I del título V de la Ley 29/98.

Segundo.- Recibido el expediente administrativo, es conferido traslado a la parte recurrente que formaliza la demanda, que es presentada el 16/08/2016, donde, tras alegarse cuantos hechos y fundamentos jurídicos son tenidos por oportunos, que aquí debe darse por reproducido, es pedido sentencia que estime el recurso y se declare actuación del Ayuntamiento de Marbella no conforme a derecho, -por vulneración del derecho fundamental del concejal al acceso a la información, art. 23 de la CE-.



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



Tercero.- Conferido traslado a la Administración demandada, presenta escrito el 19/09/2016 donde, tras exponer cuanto tiene por conveniente, que aquí debe darse por reproducido, pide que inadmita, o en su caso, desestime el recurso, con imposición de costas.

Conferido traslado al Ministerio Fiscal, mediante escrito recibido el 3/10/2016, presenta informe, donde expone cuanto tiene por oportuno para informa favorablemente a la vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Cuarto.- No pedido el recibimiento a prueba, con resolución de 5/10/2016 los autos quedan para sentencia, una vez unidos los resguardos de notificación y firme, con diligencia de ayer.

Quinto.- En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del recuso es determinar si la desestimación presunta por el Ayuntamiento de Marbella de la petición realizada por el ahora recurrente a 26/02/16, solicitando informe sobre altos cargos e invitados que han asistido a Fitur 2016 con indicación de gastos en hospedaje y desplazamiento, vulnera la norma constitucional invocada por el recurrente: art 23 de la Constitución.

La parte recurrente alega, en síntesis:

-El 26 de febrero de 2016 solicita informe sobre los altos cargos e invitados que han asistido a la feria de turismo Fitur 2016 con indicación de gastos en hospedaje y desplazamiento. El 4 de marzo se informa de su remisión a la Delegación de Hacienda par a que informe a la Alcaldía.

No sabemos si a la Alcaldía la han informado, pero a nuestro representado no y estamos en agosto.

Se adjuntó como documento nº 1 del recurso interpuesto.

De hecho la información continúa sin encontrarse en el expediente remitido al juzgado.

-En cuanto al plazo de interposición, art. 115.1 de la UCA, el plazo se encontraba abierto cuando se presentó el recurso inicial al no haberse dado contestación a nuestra solicitud de información, todo ello de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia: SSTC 6/1986, de 21 de enero, 14/2006, de 16 de enero, 188/2003, de 27 de octubre, 220/2003, de 15 de diciembre, 186/2006, de 19 de junio, 32/2007, de 12 de febrero, 64/2007, de 27 de marzo, 3/2008, de 21 de enero, 72/2008, de 23 de junio, 106/2008, de 15 de septiembre, 59/2009, de 9 de marzo, 175/2008, de 22 de diciembre y 146/2009, de 17 de junio.

-El concejal al que representamos es una persona elegida por los ciudadanos para que ejerza, en el caso de la oposición, el control político de los partidos gobernantes.

Para ello, nuestra legislación articula el derecho fundamental a la participación política, art. 23 de la CE, derecho que engloba el acceso a la información, es decir el acceso a los expedientes, única forma de controlar la legalidad y acierto de las decisiones que se toman.

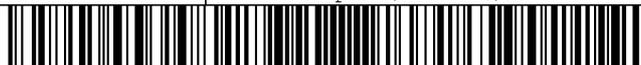
Se ha vulnerado el derecho fundamental a la participación política, art. 23 de la CE, del concejal demandante en su vertiente de acceso a la información y al denegarle la obtención de copia de los expedientes mediante la omisión de respuesta motivada o entrega de la misma.

Dicho acceso se regula en los arts. 14, 15 y 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



Se utiliza el procedimiento de forma espuria, contestando que se remite el escrito al departamento correspondiente sin permitir el acceso al expediente.

La parte recurrida alega, en síntesis:

-Inadmisibilidad por razón del objeto (artículo 69.c) LJCA).

La Ley establece un plazo muy breve para la interposición del recurso que en nuestro caso no ha sido respetado por la actora. Como tiene declarado la jurisprudencia, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo es de caducidad y no puede quedar al arbitrio de las partes, ni ser objeto de prórrogas artificiales.

El artículo 14.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, establece: "La petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de la solicitud". Más específicamente, el artículo 77 de la Ley 7/19856, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, determina: "Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado".

Por tanto, la regulación positiva es clara. El plazo para resolver la petición de información es de cinco días naturales, siendo el sentido del silencio administrativo positivo o estimatorio.

Lo anterior, puesto en relación con el perentorio plazo para la interposición del recurso determina, en el presente caso, la extemporaneidad del recurso. En efecto, extrapolando la anterior doctrina al caso de autos, la petición origen del recurso se presenta en el Registro del Ayuntamiento el día 30 de septiembre de 2015, por tanto, el plazo para resolver expiraba el día 5 de octubre de 2015 y el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo (10 días, desde la expiración del plazo para resolver) el día 2 de octubre del 2015. Interponiéndose el recurso el pasado día 18 de marzo de 2016 (ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga), el mismo es claramente extemporáneo.

Podemos citar al respecto la Sentencia de 4 de marzo de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª que, analizando un supuesto idéntico al de autos, declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

No son de aplicación al caso las sentencias citadas por la recurrente en el escrito de interposición y posteriormente en la demanda para justificar el plazo de interposición, por tres razones. En primer lugar, porque el artículo 115 de la Ley 29/1998, establece una específica regulación de los plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo; en segundo lugar, porque no nos encontramos ante una desestimación por silencio administrativo y; en tercer lugar, porque las sentencias citadas han sido dictadas en interpretación y aplicación del artículo 46 de la Ley jurisdiccional, que no es de aplicación al caso que nos ocupa.

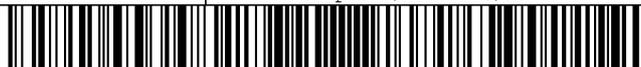
-Los hechos son:

El día 26 de febrero de 2016 (escrito de interposición), el Sr. presentó escrito en el que, citando el artículo 14 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, solicitaba informe relativo a la relación de cargos públicos e invitados que, con motivo de la presencia del Excmo. Ayuntamiento de Marbella en la Feria Fitur 2016, habían



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==	PÁGINA 3/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



asistido a la misma, con indicación de los gastos producidos en concepto de hospedaje y desplazamientos.

El día 4 de marzo se indica que se traslada su petición al responsable de Hacienda y Administración Pública.

-Resultan las siguientes notas de la configuración legal del derecho a la participación en los asuntos públicos para los concejales de las Corporaciones Locales. En primer lugar, el derecho se supedita a aquellos datos o informes que obren en poder de los servicios de la corporación y sean precisos para el desarrollo de las funciones inherente al cargo. En segundo lugar, por lo que al caso que nos ocupa se refiere, realizada la petición de información, la Corporación dispone del plazo de cinco días (5) naturales, para dar respuesta, concediendo o denegando la petición solicitada, teniendo el silencio administrativo carácter positivo o estimatorio. En tercer lugar, el derecho de información no incluye, en términos generales, el de obtener copia de los documentos que obran en los archivos o expedientes municipales.

-La demanda no guarda coherencia entre actuación impugnada, alegaciones y pretensión. En este sentido, como resulta del contenido del escrito de interposición del recurso, como de diversos pasajes de la demanda, la actuación administrativa impugnada se integra por la desestimación por silencio administrativo de la petición realizada por el Sr. [REDACTED] el día 30 de abril de 2015. Ahora bien, en el propio cuerpo de la demanda, con expresa cita del artículo 14.2 del ROF, la actora invoca el silencio administrativo positivo. Por tanto, no alcanzamos a entender como por una parte se recurre una desestimación presunta y, por otra, se defiende la existencia de un silencio positivo, lo que debería situarnos en el plano de la ejecución de un acto administrativo firme.

Por otra parte, cuando se defiende la vulneración de un derecho como el que nos ocupa, es preciso que la parte que pretende la tutela no realice actos que contribuyan a la situación que denuncia. En este sentido, es evidente que la actora conoce el alcance y sentido del silencio administrativo (positivo) en los casos en los que no obtenga respuesta expresa por parte de la Corporación. Lo anterior nos obliga a preguntarnos sobre la actuación seguida por el hoy recurrente para hacer efectivo el derecho reconocido por silencio. De la documentación que obra en el expediente administrativo –y de las propias declaraciones de la demanda- se desprende que ninguna. La recurrente se limitó a solicitar una información y nada más. Si realmente hubiere estado interesado en ejercitar su derecho de información, hubiere acudido a las dependencias municipales, presentado nuevos escritos y haciendo valer la autorización de acceso ganada por silencio administrativo. Nada de ello se realizó, limitándose a interponer, de forma absolutamente extemporánea –y en manifiesto abuso de derecho-, el presente –y otros muchos- recurso. Con este proceder la actora, más que obtener realmente la información solicitada, parece que quiere instrumentar el procedimiento judicial y obtener un pronunciamiento para ser utilizado políticamente, lejos del verdadero y legítimo interés por la información / participación pública, derecho realmente reconocido por el artículo 23 CE.

Por tanto, para que la recurrente pueda invocar una vulneración del derecho es preciso que, en los términos del artículo 121.2 de la Ley 29/1998, incurra en infracción del ordenamiento jurídico, causando vulneración de derecho fundamental alguno. En todo caso, nos encontramos ante una desidia, dejación o falta de ejercicio por el recurrente de una petición reconocida por silencio administrativo.

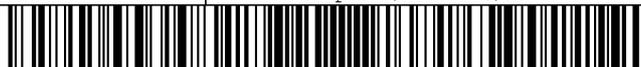
El Ministerio Fiscal informe, en síntesis:

- Por la parte demandada, el Ayuntamiento de Marbella, en su contestación a la demanda, se opone a la existencia de vulneración del derecho fundamental alegado, planteando como primera



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



cuestión a resolver, la inadmisibilidad del presente recurso por considerarlo extemporáneo, argumentando, que al encontrarnos ante un procedimiento especial, como lo es el de la protección de los derechos fundamentales, rigen las normas específicas previstas en los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Efectivamente, y si atendemos a lo manifestado por la parte demandada y a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 29/1998, el plazo de los diez días, habría transcurrido en el momento de interposición del primer recurso, de fecha 18 de Marzo de 2016; Debiendo tener en cuenta como bien dispone el Ayuntamiento, lo establecido en el artículo 77 de la Ley 7/1985 .

Por lo que, si la petición que dio origen al primer recurso, se planteó el 23 de febrero de 2016, con fecha de entrada en el Registro del Ayuntamiento el día 26 de febrero, el plazo del Ayuntamiento para resolver concluiría el día 2 de marzo de 2016, y el plazo de interposición del recurso, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 29/1998, expiraría el día 16 de marzo de 2016.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dispuesto con anterioridad, habría que hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, el cual dispone lo siguiente: “ El plazo para la interposición del Recurso Contencioso-Administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso.

Sino lo fuera, el plazo será de seis meses, y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto”

En este caso concreto el plazo de los seis meses comenzaría a computarse a partir del acto presunto consistente en una resolución del Ayuntamiento dictada por silencio administrativo positivo o estimatorio, respecto de lo solicitado por el recurrente como concejal del Grupo Municipal Popular en el Ayuntamiento de Marbella, en el Escrito de fecha 23 de Febrero de 2016, consistente en que se le informara sobre la relación de cargos públicos e invitados que, con motivo de la presencia del Excmo. Ayuntamiento de Marbella en la pasada edición de la Feria Internacional de Turismo, FITUR 2016, han asistido a la misma, con indicación del importe de los gastos producidos en concepto de hospedajes y desplazamientos.

Por tanto, sin dejar de tener presente la normativa específica prevista para los plazos en el artículo 115, también sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 46.1 párrafo segundo de la Ley 29/1998 según el cual “el plazo para la interposición del recurso sería de seis meses a contar desde el día en que se produjo el acto presunto”, por lo que dicho plazo no habría transcurrido cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo el día 7 de julio de 2016, ya que si el plazo del que disponía el Ayuntamiento para resolver la petición planteada por el Concejal, conforme a lo dispuesto en el 77 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, concluía el 20 de Septiembre de 2015, y el plazo de interposición del recurso, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 29/1998, expiraba el día 2 de marzo de 2016, los seis meses previstos en el artículo 46 para los actos presuntos, comenzarían a computarse desde esta fecha, siendo así que el Recurso contencioso-administrativo interpuesto el día 7 de julio de 2016 estaría dentro de plazo.

Pero aún en el caso en que no fuera de aplicación lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 29/1998, si sería de aplicación la doctrina que sobre el silencio administrativo ha acogido el Tribunal Supremo, el cual no distingue, en cuanto a su aplicación, entre el procedimiento ordinario y el especial para la protección de derechos fundamentales; Así en sentencias de fecha 14 y 26 de Enero de 2000, el Tribunal, repudiando cualquier interpretación que impida el acceso del administrado a la vía judicial, considera que el silencio debe considerarse como una notificación



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



defectuosa, ya que el interesado, como ocurre en este caso, no ha sido informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante que órganos y en que plazos, por lo que esta falta de respuesta e información al interesado, no puede, en atención a la doctrina expuesta del Tribunal Supremo y a la del Tribunal Constitucional, y en aras a la defensa de la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, provocar la inadmisibilidad el recurso contencioso-administrativo por extemporáneo.

En base a todo lo expuesto, la Fiscal considera que el Recurso Contencioso-Administrativo, de fecha 7 de julio de 2016, interpuesto contra la inactividad de la Administración, en este caso el Ayuntamiento de Marbella, y del que tuvo conocimiento el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Málaga no sería extemporáneo.

-Ya entrando en la cuestión de fondo, es decir la posible vulneración por parte del Ayuntamiento de Marbella, del derecho fundamental previsto en el artículo 23 de la Constitución Española, es importante determinar cual es el contenido y núcleo esencial de dicho derecho.

Así el artículo 23 dispone lo siguiente: “Los Ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. En desarrollo de este precepto constitucional y en relación con lo que es la cuestión de fondo, el artículo 77 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, señala que: “Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno, cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado”.

A su vez este precepto tiene su correspondencia en los artículo 14 a 16 del R.D 568/1986 de 28 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; Así el artículo 14 de dicho Reglamento dispone lo siguiente: Todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. En todo caso la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado. Por otro lado el artículo 16.1 a) del mismo Reglamento regula la consulta y examen de expedientes y documentación en los siguientes términos: “La consulta y examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se regirá por las siguientes normas; a) La consulta general de cualquier expediente o antecedentes documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación.”

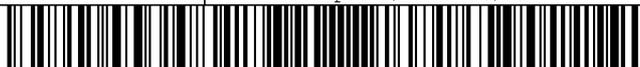
Expuesto lo anterior, hay que decir, que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que salvo la petición de fotocopias, a cuya aportación no se extiende el derecho fundamental del artículo 23, las demás informaciones solicitadas se encuadran dentro del ejercicio de participación en los asuntos públicos, y por ello su denegación constituye una vulneración de tal derecho, al impedir el desarrollo de las funciones representativas que ostentan los concejales.

El Tribunal Constitucional en sentencia 220/1991 de 25 de noviembre dispuso lo siguiente: “ a) El derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución Española es un derecho de configuración legal, correspondiendo a la Ley ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas, pasando aquellos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares defender, al



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



amparo del artículo 23.2, el “ius officium” que consideren ilegítimamente constreñido. B) El citado derecho constitucional garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga. C) La norma contenida en el artículo 23.1 resulta inseparable de la del artículo 23.2 cuando concierne a parlamentarios o miembros electivos de las Entidades Locales, en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta también el derecho mismo del ciudadano a participar, a través de la institución de la representación, en los asuntos públicos.

Ahora bien, examinado el expediente, se comprueba como efectivamente por parte del Ayuntamiento no se ha proporcionado la información interesada por el actor en relativa a la relación de cargos públicos e invitados que, con motivo de la presencia del Excmo. Ayuntamiento de Marbella en la pasada edición de la Feria Internacional de Turismo, FITUR 2016, han asistido a la misma, con indicación de los gastos producidos en concepto de hospedajes y desplazamientos, es más no sólo no se ha proporcionado dicha información, sino que ni siquiera se ha contestado a la solicitud formulada.

Pues bien, la Sala entiende que forma parte del derecho a la información ínsito en el de participación política, el proporcionar dicha información, por lo que la falta de contestación debe entenderse como una negativa a proporcionar una información que tenía derecho a obtener, para el ejercicio de las funciones públicas que le están atribuidas.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal informa favorablemente a la vulneración del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos previsto en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Segundo.- La defensa de la Administración opone la extemporaneidad del recurso, al haberse interpuesto pasados los diez días previstos en el art. 115 ley 29/98, a contar desde los 5 días desde la fecha de la solicitud, al silencio positivo, conforme al art. 14.2 RD 2568/1986.

La parte recurrente, por anticipado contesta la cuestión, alegando doctrina del TC sobre la ausencia de plazo.

La petición que dio origen al primer recurso, se planteó el 23 de Febrero de 2016, con fecha de entrada en el Registro del Ayuntamiento el día 26 de Febrero de 2016, el plazo del Ayuntamiento para resolver concluiría el día 2 de Marzo de 2016, y el plazo de interposición del recurso, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 29/1998, expiraría el día 16 de Marzo de 2016

Pero también, no cabe duda que existe silencio positivo conforme al artículo 14.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, La Ley 4/99 de Modificación de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sobre el silencio, la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 explicaba el cambio producido al argumentar que se ha previsto como regla general que el silencio administrativo sea positivo con el objetivo de lograr una mayor eficacia y servicio a los ciudadanos, teniendo en cuenta que cuando se regula el silencio se están tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al buen funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley, pretendiéndose que la situación de falta de respuesta por la Administración - siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas. Exceptuándose tan sólo de la regla general del silencio positivo los supuestos en que una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



establezca lo contrario, los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, los de revisión de actos administrativos y disposiciones generales, los iniciados de oficio y los procedimientos de los que pudiera derivarse para los solicitantes ó terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público. Por ello, el silencio administrativo positivo produce un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley, concibiéndose por el contrario el silencio administrativo negativo como una ficción legal que permite al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso administrativo.

Pero, sea cual sea el tipo de silencio, el art. 42 de dicha Ley, tras la modificación operada por la Ley 4/99, establece que "La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación..... En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente".

Notificación que debe adecuarse a lo dispuesto en el art. 58 de la misma Ley, entre otros requisitos el "pie de recurso".

Al caso la Administración incumple tanto la obligación de informar sobre el plazo para resolver y sentido del silencio, y también la obligación de resolver expresamente, y por ende la de notificar. Consecuentemente, la propia Administración incumplidora no es de recibo que pretenda que el recurrente cumpla con una exigencias sobre las que ella no ha informado previamente.

Además, a petición que dio origen al primer recurso, se planteó el 23 de Febrero de 2016, con fecha de entrada en el Registro del Ayuntamiento el día 26 de Febrero de 2016, el plazo del Ayuntamiento para resolver concluiría el día 2 de Marzo de 2016, y el plazo de interposición del recurso, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 29/1998, expiraría el día 16 de Marzo de 2016

Tercero.- En cuanto al fondo de la litis, la demandada alega se debió acudir por la recurrente a la petición de ejecución de acto firme, es decir al procedimiento previsto en el art. 29.2, en relación con el 78 de la Ley 29/98.

Sobre dicho procedimiento dice la STsa de 29 octubre 2015, RJ 2016\101, en su FD 5º:

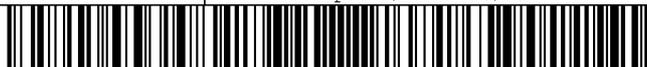
"...Así lo señalamos en la STS de 30 de marzo de 2006: "En efecto; el acto presunto positivo es un auténtico acto administrativo (artículo 43.3) de la Ley 30/92, y, como tal, puede ser ejecutado, a falta de voluntad de la Administración, acudiendo al proceso del artículo 29.2 de la Ley 29/98 , porque este precepto no excluye de su ámbito a los actos presuntos, ni tiene sentido alguno que se deduzca la exclusión por vía interpretativa, vista la claridad de aquel artículo 43.3. Naturalmente que en el seno de ese proceso puede discutirse si se produjo o no el silencio positivo, de la misma manera que puede discutirse si es o no firme el acto expreso cuya ejecución pueda pretenderse, sobre lo que las partes acaso estén en desacuerdo. En todo proceso puede discutirse si se dan o no los presupuestos jurídicos necesarios para su aplicación, sin que pueda decirse que esto desvirtúa el proceso" .

En consecuencia, procede rechazar la cuestión relativa a la inadecuación procedimental bajo la que, en realidad, se camufla la decisión atinente a la inexistencia de acto firme producido por silencio positivo, al tratarse, pues, la cuestión procedimental suscitada como parte inescindible del



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



examen de fondo de la cuestión controvertida. La remisión procedimental viene determinada por el contenido de la pretensión de ejecución que se formula, y a la que se limita el recurso.

En tal sentido, no podemos olvidar que respecto de los actos ejecutivos de la Administración ---como es el que nos ocupa--- puede el interesado pedir su completa ejecución al amparo del artículo 29.2 de la LRJCA , pues esta vía de la Ley es lo que la doctrina ha calificado de auténtica "acción de inejecución". La finalidad del precepto es la especial protección contra la inactividad ejecutiva de procurar una rápida tutela (que no podría lograrse a través del procedimiento ordinario); es más, en estos casos no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria lo que se pretende de la Administración, no es la sentencia de condena sino la ejecución lo que demanda la tutela jurisdiccional efectiva.

La acción del artículo 29.2 de la LRJCA precisa por tanto, en primer lugar, un acto firme, expreso o presunto, pero también que el interesado solicite expresamente y con total claridad a la Administración su ejecución, solicitud que es un requisito previo inexcusable para que la Administración requerida pueda ejecutar el acto y para que el interesado pueda ejercitar en forma la pretensión del artículo 29.2, de manera que si la petición del afectado no cumple tales requisitos, no podrá luego acudir a esta Jurisdicción en demanda de la pretensión de condena regulada en el artículo 29.2 tan citado, pues esta pretensión requiere el adecuado cumplimiento de ese requisito preprocesal o vía previa de la petición a la Administración de la ejecución del acto firme”

Al caso el interesado no ha tenido por oportuno acudir a la vía del art. 29.2, y al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, siendo el objeto de uno y otro distinto: ejecutar un acto firme el primero, determinar si ha existido conculcación del derecho fundamental invocado el segundo, no existe ningún obstáculo en que el justiciable acuda a esta vía, como desde años tiene ya dicho la jurisprudencia.

Así, la STS de 2 de julio de 1987, RJ. 8 1 0 9, dice:

«Como es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, contenida, entre otras en sus Sentencias de 14 de agosto de 1979, 14 de mayo y 27 de octubre de 1981 y 15 de enero de 1982, el proceso especial regulado en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona implica un ámbito de control judicial más reducido que el de la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración, forzosamente se ha de reconocer que un mismo acto puede ser

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa enjuiciado bajo dos prismas diversos, el general de su legalidad y el especial de la violación de los derechos fundamentales de la persona que garantiza la Constitución, y de ahí la permisibilidad legal de no sólo utilizar simultánea o sucesivamente los dos procesos, sino de simultanear el especial y los recursos administrativos previos necesariamente al ordinario y potestativamente al especial”

Cuarto.- Por otra parte, como recuerda la STS de 7/12/2004, al recurso de Casación núm. 4504/2001, en su FJ 11, la jurisprudencia, al analizar casos similares, ha ido atemperando el contenido constitucional del artículo 23.2 de la CE :

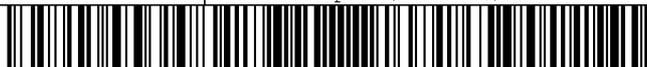
“a) La sentencia de 19 de julio de 1989 (F.D. 2º), destaca que el derecho a participar en asuntos públicos implica, con relación a los asuntos públicos municipales, que los Concejales tengan acceso a la documentación y datos de que disponga la Corporación a la que pertenecen.

b) En la sentencia de 5 de mayo de 1995 se distinguía igualmente entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la obtención de fotocopias, diciendo sobre el particular (F.D. 5º) que la facultad de acceso a la información de cualquier expediente o antecedente documental reconocida



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



por la Ley sólo puede obtenerse mediante el libramiento de copias en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los Concejales a la información o bien cuando ella sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno (artículo 16.1.a. en relación con el 15 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre).

c) En la sentencia de 21 de abril de 1997 exponíamos que el acceso a la información para el ejercicio de la función de Concejales lo cubre el artículo 14 del Reglamento de Organización mencionado, debiéndose destacar que es el derecho de acceso directo a la información el que se integra en el artículo 23.2 de la Constitución.

Frente al criterio de la parte recurrente, la situación contemplada en el recurso sí puede ser reputada como constitutiva de violación o desconocimiento del derecho del artículo 23.2 de la Constitución y la decisión sobre ese juicio de validez es propia del proceso de la Ley 62/78 partiendo de los siguientes razonamientos:

a) El derecho fundamental reconocido en el artículo 23 CE es un derecho de configuración legal correspondiendo a la Ley ordenar los derechos y facultades que correspondan a los distintos cargos y funciones públicas pasando aquellos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares defender, al amparo del artículo 23.2 CE el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido.

b) El citado derecho constitucional garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga.

c) La norma contenida en el artículo 23.1 resulta inseparable de la del artículo 23.2 cuando concierne a parlamentarios o miembros electivos de Entidades Locales en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta también el derecho mismo de los ciudadanos a participar, a través de la institución de la representación, en los asuntos públicos.

En consecuencia, como reconoce la sentencia recurrida, se ha vulnerado el art. 23.2 CE., pues «son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos», como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 107/2001, de 23 de abril (F. 3, con cita de la STC 38/1999, de 22 de marzo)».

Dado que al caso, el recurrente pide el 26 de febrero de 2016 (escrito de interposición), el Sr. Don itando el artículo 14 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, solicitaba informe relativo a la relación de cargos públicos e invitados que, con motivo de la presencia del Excmo. Ayuntamiento de Marbella en la Feria Fitur 2016, habían asistido a la misma, con indicación de los gastos producidos en concepto de hospedaje y desplazamientos. El día 4 de marzo se indica que se traslada su petición al responsable de Hacienda y Administración Pública.

Es decir, ni se da respuesta a la petición ni es facilitado el acceso a la documentación acreditativa de los hechos sobre los que es pedida la información, por lo que sólo cabe concluir, que ha sido conculcado el derecho fundamental invocado.

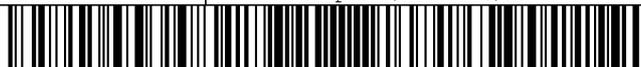
Quinto.- En cuanto a las costas, la estimación del recurso implica imponer el pago de las mismas a la parte recurrida: art. 139.1 Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/2011.

En atención a lo expuesto,



Código Seguro de verificación:5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==



FALLO

Primero.- Estimar el presente recurso especial interpuesto en nombre de don [REDACTED] en cuanto Concejal del Ayuntamiento de Marbella, y declarar la actuación del Ayuntamiento de Marbella no conforme a derecho, por vulneración del derecho fundamental del concejal al acceso a la información, art. 23 de la CE.

Segundo.- Imponer el pago de las costas del juicio a la parte recurrida.

Así lo acuerdo y firmo. don Santiago Macho Macho, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo n° 5 de Málaga y provincia, de lo que yo la Secretaria, doy fe.

PUBLICACIÓN: Dada y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante el TSJ, Sala de Málaga, a presentar en este Juzgado en 15 días.



Código Seguro de verificación: 5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SANTIAGO MACHO MACHO 19/10/2016 10:02:40	FECHA	19/10/2016
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/11



5BZpocsb/IzM77Y1G/aOvw==