

SENTENCIA Nº 343/2016
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

Recurso de Apelación Nº: 2052/16

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

Doña MARÍA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADOS:

Don SANTIAGO CRUZ GÓMEZ

Don CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

Sección Funcional 3ª

En la ciudad de Málaga a 2 de marzo de 2017.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el rollo Nº 2052/16, del recurso de Apelación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, contra Sentencia con Nº 353/16, de fecha 19 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número CINCO de Málaga en el recurso Contencioso-Administrativo, seguido en el Procedimiento de Derechos Fundamentales Nº: 399/2016 y como parte apelada D.

Siendo ponente la Ilma Sra. Magistrada Doña MARÍA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Apelación, Sentencia con Nº 353/16, de fecha 19 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número CINCO de Málaga en el recurso Contencioso-Administrativo, seguido en el Procedimiento de Derechos Fundamentales Nº: 399/2016.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva se da por reproducida en su contenido.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la parte **actora**, se interpuso Recurso de Apelación, que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/7



scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==

esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de Apelación con el **número 399/16**.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin mas trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Apelación por la representación procesal del Ayuntamiento de Marbella la Sentencia nº 353/2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Málaga, recaída en los autos de Procedimiento Especial de Derechos Fundamentales ante dicho Juzgado seguidos al nº 399/2016, que estima el recurso interpuesto por D. [REDACTED] en su calidad de Concejal del Consistorio, y declara la actuación del Ayuntamiento de Marbella no conforme a derecho, por vulneración del derecho fundamental del concejal al acceso a la información, art. 23 CE.

SEGUNDO. La Corporación apelante realiza una breve referencia a los antecedentes del recurso antes de exponer los motivos del recurso. Y al respecto expresa:

“Como consta en el escrito inicial del recurso, los Concejales del Grupo municipal del Partido Popular, interpusieron de forma acumulada recurso contencioso administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales, como consecuencia de cuarenta y cuatro peticiones realizadas (44) sobre diferentes expedientes. Turnado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4, éste acordó que cada solicitud debía ser tramitada como procedimiento judicial independiente, dando lugar a tantos procedimientos judiciales como peticiones realizadas.

Denominador común en prácticamente todos los supuestos es que por parte del Concejal se realizaba una petición y, una vez transcurridos los plazos legales, a los que posteriormente haremos referencia, no desarrollaba actuación alguna para hacer valer o ejecutar el acto administrativo ganado u obtenido por silencio. Con ello, más que un verdadero ejercicio del derecho de información, del que gozan todos los concejales, se estaba instrumentalizando el derecho, saturando de peticiones a los distintos departamentos administrativos, sabedores de la imposibilidad de dar respuesta en los breves plazos legales.”


TERCERO. A continuación expresa como primer motivo de impugnación la indebida desestimación de la causa de inadmisibilidad opuesta en la contestación a la demanda y para ello expresa:

“Como consta en las actuaciones, al contestar la demanda la Administración opuso, como óbice procesal, la inadmisibilidad del recurso por ser extemporánea y interposición. La alegación encuentra fundamento en las previsiones del artículo 115 de la Ley 29/1988 y en la regulación que de la materia contienen los artículos 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, y 77 de la



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. 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	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/7


scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==

Ley 7/19856, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

De la conjunción de estos preceptos obtenemos la siguiente regulación legal: el plazo para resolver sobre las peticiones de información es de cinco días naturales y, una vez transcurrido el mismo, la petición se entiende estimada por silencio administrativo, produciéndose un verdadero acto. El plazo para interponer el recurso especial en materia de protección de los derechos fundamentales de la persona es de diez días, a contar, en nuestro caso y como expresamente dispone el artículo 115, “desde que transcurra el plazo para resolver, sin más trámites”.

En el supuesto sometido a control judicial, el recurrente presenta la solicitud el día 26 de febrero de 2016, por lo que el plazo para resolver expiraba el día 2 de marzo de 2016 y el de interposición del recurso especial, el día 16 de marzo, interponiéndose el mismo día 18 de marzo de 2016, mediante escrito presentado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga, el recurso es claramente extemporáneo al haber sido presentado una vez transcurrido los plazos legalmente establecidos.

Al respecto la sentencia considera -fundamento jurídico segundo- que como la Administración incumple tanto la obligación de informar sobre el plazo para resolver y el sentido del silencio, y también la obligación de resolver expresamente, no puede invocar como causa de inadmisibilidad la extemporánea interposición del recurso. Concretamente, señala la sentencia:

“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 exigencia sobre las que ella no ha informado previamente”.

Otro pasaje importante de la sentencia, para entender la causa de inadmisibilidad opuesta en la contestación, no es el contenido en el propia fundamento jurídico segundo cuando indica: “No cabe duda que existe silencio positivo conforme a la norma citada puesto que la petición de acceso a expedientes es presentada el 15/09/15 y el plazo para resolver expiraba el 20/09/2105”.

La conclusión alcanzada por la sentencia, desestimando la causa de inadmisión opuesta, entendemos que sería correcta si nos encontrásemos ante una desestimación por silencio administrativo, es decir, ante una ficción jurídica que habilita al interesado a interponer los recursos que estime oportunos (supuestos respecto de los que se pronuncia la jurisprudencia citada en la propia sentencia), pero no en el caso de acto administrativo producido por silencio positivo”.

CUARTO.- La Sala comparte el criterio de la apelante en orden a la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad.

El propio Juzgador de instancia reconoce que la reclamación o petición se efectuó el 26 de febrero de 2016, el plazo para resolverlo expiraba el 2 de marzo y el plazo para interponer el recurso jurisdiccional lo haría el 16 de marzo.

Y ciertamente, no se interpuso hasta el día 18 de marzo.

De este modo se habría incumplido el plazo previsto en el art. 115.1 de la Ley Jurisdiccional pues habrían transcurrido más de diez días desde el transcurso del plazo fijado para resolver que como hemos dicho se produjo el 2 de marzo.



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. 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	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/7



scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==

Así tiene que ser máxime si atendemos a la advertencia (tardía) del recurrente de que no se impugnaba el acto presunto sino su falta de ejecución.

Ante ello no se acudió al procedimiento ordinario previsto en el art. 29.2 LJCA sino al especial o sumario procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales y, desde luego, en este caso tienen que cumplirse los plazos establecidos que serían los diez días referidos al no existir reclamación o requerimiento a la Administración para instar la ejecución del silencio presunto estimatorio que tenía concedido. Plazo que empezaría a contarse desde “el transcurso del plazo fijado para la resolución” según el precepto citado.

El propio Juzgador reconoce que el recurso se interpuso fuera de plazo de 10 días del pfo. 1º del art. 115 LJ, aunque viene a justificar la extemporaneidad, por el hecho de que la Administración incumple su deber de informar acerca del sentido del silencio y plazos para resolver. La Sala considera que, al menos, en este caso, no puede justificarse o ampararse esa extemporaneidad, dado que el recurrente tenía pleno y perfecto conocimiento de las consecuencias legales de su petición y por ello no se le ha causado indefensión ya que la información que debía darle la apelada, acerca de los plazos y el sentido del silencio, la aporta él mismo cuando solicita en su escrito inicial del expediente administrativo de 23 de febrero de 2016, pues en el mismo transcribe el art. 14 del RD 2568/1986 de 28 de noviembre (ROF) conforme al cual:

“1. 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.

2. 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.

3. En todo caso, la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado”.

Así pues el Concejal era perfectamente conocedor de sus derechos y de los efectos del silencio administrativo. Y así lo reconoce en el escrito de oposición a la apelación.

De esta manera el Concejal del PP tenía garantizado el derecho a la información por silencio administrativo a los cinco días de su solicitud.

Razón por la cual debe estimarse la causa alegada de inadmisibilidad por extemporaneidad al ser el de Derechos Fundamentales un procedimiento especial y sumario.

Es pues incuestionable que se ha planteado el recurso extemporáneamente. En idéntico sentido la STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2016, Rec. 247/2015 cuyos fundamentos pasamos a transcribir:

“PRIMERO: La presente apelación tiene por objeto la Setencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander, de fecha 24 de agosto de 2015, en el procedimiento de derechos fundamentales 90/15, por la que se estima la a causa de inadmisibilidad por extemporaneidad y declara la inadmisión del recurso contra el silencio por la que se desestima la solicitud de información presentada el 21-1-2015 recordatoria de la del 5-8-2014.



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. 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	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/7



scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==

El Magistrado a quo, tras efectuar una detallada exposición del marco constitucional y jurisprudencial sobre el alcance del derecho fundamental invocado de configuración legal, y el posible no amparo del derecho a la emisión de un informe como solicitó en el supuesto de autos, concluye que la interposición del recuso dirigido frente a la denegación presunta resulta extemporáneo dado que el plazo para resolver era de 5 días conforme al ROF y tenía 10 días para interponer el recurso extraordinario, sin perjuicio de poder acudir al procedimiento ordinario o de activar el artículo 29.2 ante el silencio positivo.

Por la parte recurrente se argumenta que el plazo de 10 días del artículo 115.1 LJCA Legislación citada (LJCA art. 115.1 comienza a computarse, tratándose de inactividad administrativa, transcurridos 20 días desde la reclamación. Y como el requerimiento se presentó el 21 de enero de 2005, estaría en plazo el recurso contencioso administrativo presentado el 23 de febrero. Además, considera que el artículo 14.2 del ROF no otorga plazo para contestar y sí sólo cuando se entiende el silencio positivo, si bien lo que se ha impugnado es la inactividad. Esgrime que la sentencia Vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 21.1 al no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Y en cuanto al fondo, insiste en que la falta de puesta a disposición de la información solicitada por el concejal vulnera el derecho fundamental de participación del artículo 21.1 Const., tal y como se recoge en el artículo 77 LBRL y 14 a 16 del ROF, documentación que en este caso se solicita por vía de informe de la Intervención. Y si la petición era errónea, debió articularse el artículo 71.1 de la LRJ.

Por la parte apelada se esgrime que lo recurrido ha sido el silencio y no la inactividad de la Administración y que conforme al artículo 14 del ROF, la resolución debió haberse emitido en el plazo de 5 días, por lo que debió ser resulta el 28 de enero y la demanda interponerse antes del 12 de febrero. En sentido estricto, la solicitud inicial se realizó el 5 de agosto de 2015. En cuanto al fondo, insiste en la carencia de derecho a obtener el informe. Esta documentación no obra en poder de la corporación, siendo la documentación a la que tiene derecho el concejal a la existente y no a la emisión de informes. Además, habría sido reconocida por el silencio positivo previsto en la norma. El Ministerio Fiscal apoya la extemporaneidad del recurso declarada en sentencia.

SEGUNDO: Breve ha de ser por fuerza la solución de esta apelación dado los términos del recurso.

El procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales se interpone el día 23 de febrero de 2015 y se dirige contra la denegación presunta de la solicitud cursada el 21 de enero de 2015, reproducción de la presentada el 5 de agosto de 2014.


Abstracción hecha de que la solicitud que da origen al procedimiento es reproducción de una anterior, el escrito de interposición del recurso, la demanda y el suplico de ésta, donde se pide se declare la nulidad de la denegación presunta, evidencia que no se está impugnando ninguna inactividad, por lo demás limitada a los dos supuestos previstos en el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa Legislación citada LJCA ar. 29/1998, de 13 de julio. Lo que se impugna es el silencio y una presunta denegación. El plazo para la interposición de este recurso especial y sin perjuicio del ordinario abierto igualmente a la impugnación, era de 5 días desde el transcurso del plazo fijado para dictar la resolución.

Se cuestiona por la parte recurrente que el artículo 14.2 del Real Decreto



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/7


scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==



2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales no dispone plazo al efecto y regula sólo el sentido del silencio. Dispone el mencionado precepto:

“14.2 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 solicitud”.

Al margen de que no tiene sentido declarar silencio positivo transcurrido un plazo que se considera no lo es para resolver, cualquier duda se disipa con la lectura del artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen LocalLegislación citada LRBRL art. 77:

“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 aquel en que se hubiese presentado”.

Este plazo está expresamente regulado en la Ley, frente al que no cabe oponer falta de claridad del Reglamento.

Y la extemporaneidad evidente del recurso especial no vulnera derecho alguno pues el derecho de tutela judicial efectiva supone que éste ha de ejercitarse en los plazos y formas previstos por la Ley. Por lo demás, no está de más hacer un llamamiento al hecho de que el tenor del silencio era positivo de entenderse que los preceptos invocados como vulnerados le amparaban en su petición, por lo que no se entiende la vía de impugnación ni la actuación administrativa impugnada.”

Como se ha dicho, no se comparte el criterio del Juzgador en orden a que la falta de información del sentido del silencio y plazos para resolver al recurrente determinaba que no se le pudiera exigir tampoco el cumplimiento de los plazos de interposición del recurso cuando este era plenamente conocedor y consciente de que en el plazo de cinco días se había producido el silencio positivo .

No puede hablarse de indefensión en un supuesto como el de autos.

Y como expresa la Sentencia de Cantabria transcrita, el hecho de aplicar los plazos legales no vulnera derecho alguno del recurrente.

QUINTO.- Razones las anteriores que nos llevan a estimar el presente Recurso y a considerar inadmisibile el Recurso Contencioso-Administrativo en su día interpuesto.

Por imposición del art. 139.2 las costas procesales de esta segunda instancia no será objeto de una especial imposición.

Las de Primera Instancia, se impondrían al recurrente en aplicación del Párrafo 1º del mismo precepto.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y particular aplicación,



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/7



scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==

FALLAMOS

Estimar el presente Recurso de Apelación con revocación de la Sentencia impugnada.

Declarar la inadmisibilidad por extemporaneidad del Recurso Contencioso-Administrativo en su día interpuesto por D.

No se hace especial imposición de las costas procesales en ninguna de las instancias.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico, recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.


Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, con el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. Santiago Cruz Gómez.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí el Secretario/a. Doy fe.



Código Seguro de verificación:scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==. 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	MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ 16/03/2017 10:43:21	FECHA	21/03/2017
	SANTIAGO CRUZ GOMEZ 21/03/2017 11:09:55		
	CARLOS GARCIA DE LA ROSA 21/03/2017 12:56:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 21/03/2017 13:36:55		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/7


scE8Ves9QHMjt8n9v5N4hw==



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA D.SANTIAGO CRUZ GOMEZ

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de la Sala debo expresar mi discrepancia con los razonamientos y fallo de la Sentencia que estima el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento de derechos fundamentales del número al margen.

PRIMERO.- El objeto del presente recurso, según consta en el escrito de interposición, que inicia el procedimiento señala literalmente: "**NOVENO.- Objeto del Recurso.- Art. 25.1 de la LCA.**

Se impugna el acto administrativo presuntos por el que se vulnera el derecho fundamental a la participación política del concejal al que representamos. Se ha aportado la solicitud de información. Ni se permite el acceso a la documentación ni se justifica la no entrega de copias.

Añadiéndose en la demanda: "No se ha dictado resolución expresa denegando la información, pero de hecho no se ha facilitado, ni en vía administrativa ni judicial. No se han llevado a la práctica los efectos del silencio positivo, estando en la práctica ante una vulneración del derecho que debe ser corregida judicialmente. No le cabe otra al concejal que acudir al amparo de los órganos judiciales.

Y SUPLICA: Se tenga por presentada la demanda contra la actuación administrativa expuesta del Excmo. Ayuntamiento, a fin de que una vez tramitado el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona se declare 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-. Todo ello con expresa condena en costas".

Si a ello unimos que en el escrito que el actor dirigió al Ayuntamiento se transcribía el art. 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, nos encontramos que el recurso se plantea no contra acto presunto, silencio positivo, producido transcurridos cinco días desde su petición de información, sino contra la inactividad producida por la no ejecución de dicha solicitud de información no materializada. Aunque la redacción de tal pretensión pueda considerarse defectuosa.

SEGUNDO .-Siendo Doctrina Constitucional consolidada la recogida en las SSTC 179/2003, de 13 de octubre, 188/2003, de 27 de octubre, y 220/2003, de 15 de diciembre, según la cual la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo las solicitudes de los ciudadanos, de modo que en caso de silencio administrativo no puede considerarse razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándole en mejor situación que si hubiera cumplido son su deber de resolver.

TERCERO.-En el presente caso, la sentencia que se apela, así lo entiende, refrendado por el Ministerio Fiscal al oponerse al recurso, quien se remite al informe efectuado al respecto que concluye : "**-En base a todo lo expuesto, la Fiscal considera que**



Código Seguro de verificación:nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==. 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 CRUZ GOMEZ 15/03/2017 13:08:48	FECHA	15/03/2017
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 15/03/2017 13:11:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/3


nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==



*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."*

Por tanto el acuerdo de inadmisión, opinión mayoritaria de la Sala, es contraria al principio pro actione. La falta o incumplimiento de señalar el plazo para resolver y notificar y en su caso el sentido del silencio, aunque el actor lo conozca, y en esta propia Sala sea objeto de controversia, conlleva un incumplimiento, la presentación de un recurso ordinario, inactividad o derechos fundamentales de acuerdo con la anterior doctrina constitucional lo avala. Máxime en un caso como el presente en que existen dos incumplimientos el referido con anterioridad y **la falta de materialización real y efectiva de la solicitud de información**, que es precisamente el objeto de recurso. **"Ni se permite el acceso a la documentación ni se justifica la no entrega de copias,"** que si bien fue obtenida por silencio positivo, acto que se reconoce, no concurre la causa de inadmisibilidad por extemporáneo. Pues la Administración pretende efectuar el cómputo del plazo de diez días al que alude el artículo 115 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde la fecha en la que ha de entenderse transcurrido el plazo para el dictado de la resolución conforme al artículo 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, circunstancia esta que resultaría plenamente acertada si lo que se atacase, como se ha referido anteriormente, fuese un acto presunto, y no, como se deduce del escrito de interposición, y demanda **"la ausencia de ejecución de los actos administrativos producidos por silencio tras transcurrir cinco días desde la presentación de la solicitud."** En este caso, el plazo no es de diez días, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 115.1, párrafo segundo, **en caso de inactividad**, el plazo de 10 días se iniciará transcurridos veinte desde la reclamación. Circunstancia por la cual no puede entenderse que el presente recurso se formulase fuera de plazo. Pues la solicitud de información se efectuó el 26 de febrero de 2016, el plazo expira el 2 de marzo de 2016 (según cómputo del Ayuntamiento) de acuerdo con el párrafo 1º del art. 115, notificación de acto, publicación de disposición o requerimiento de cese de vía de hecho, pero no para la inactividad, que se señala en el párrafo segundo de dicho artículo que en caso de inactividad, el plazo de 10 días se iniciará transcurridos veinte desde la reclamación y la interposición del recurso contencioso administrativo es de 18 de marzo de 2016 por tanto temporaneo, sin que hayan transcurrido los diez días a partir del vigésimo que inicia el cómputo del plazo de la inactividad.

Por ello se debe rechazar la inadmisibilidad opuesta.

Por todo ello entiendo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

Sin condena en costas vista la discrepancia existente entre los propios miembros de la Sala.

Por todo lo cual emito el presente voto particular, en Málaga a 2 de marzo de 2017.



Código Seguro de verificación:nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==. 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 CRUZ GOMEZ 15/03/2017 13:08:48	FECHA	15/03/2017
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 15/03/2017 13:11:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/3


nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí el Secretario/a. Doy fe.



Código Seguro de verificación:nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==. 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 CRUZ GOMEZ 15/03/2017 13:08:48	FECHA	15/03/2017
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 15/03/2017 13:11:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/3



nXsAIQF1BA003gBccP34tQ==