

**SENTENCIA Nº 583/2017**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. SALA DE LO**  
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN MALAGA. SECCION**  
**FUNCIONAL SEGUNDA**

**R. APELACIÓN Nº 236/2017**

Ilmos Sres

Presidente:

D. Fernando de la Torre Deza

Magistrados:

D. Santiago Macho Macho

Dª Belén Sánchez Vallejo

En la ciudad de Málaga, a 31 de marzo de 2017.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 236/2017, interpuesto contra la sentencia dictada el por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga en el que es parte apelante el Ayuntamiento de Marbella, representado por la procuradora Dª Amalia Chacón Aguilar, y parte apelada D. [REDACTED] concejal del Partido Popular en el Municipio de Marbella, representado por la procuradora Dª Nanda Berjano Albert, siendo parte el M. Fiscal, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 2 de Diciembre de 2016 en el recurso contencioso-administrativo nº 252/2016, interpuesto por la procuradora Dª Nanda Berjano Albert, en la representación indicada, se dictó sentencia en la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto frente a la inactividad del Ayuntamiento de Marbella en relación con sus solicitudes de los días 12-1-2016, 25-1-2016 y 10-3-2016, condenando a la Administración demandada a permitir el acceso a los expedientes a que se refiere el punto 6.4 del acta que recoge la sesión del día 12-1-2016 celebrada por la Junta de Gobierno Local referido a las siguientes líneas de actuación y objetivos temáticos aprobados por la Junta de Gobierno; OT2Administracion electrónica y Samrt Cities por importe de 2.812.501 euros; OT4 eficiencia energética y renovables por importe de 4.687.500 euros; OT6 Patrimonio Cultural; Medio Ambiente Urbano, residuos agua, por importe de 6.000.000 euros; OT9 Regeneración Económica y Social de zonas desfavorecidas por importe de 5.250.000 euros, desestimando la pretensión de entrega de fotocopia de los expedientes administrativos”.

1



Código Seguro de verificación: pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==. 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	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/04/2017 12:53:23	FECHA	20/04/2017
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/04/2017 07:50:29		
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 20/04/2017 12:27:24		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/04/2017 13:15:35		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/5



pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==

**SEGUNDO:** Contra dicha sentencia, con fecha 3 de Enero de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a las partes apeladas, que se opusieron al mismo.

**TERCERO:** Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el número anteriormente consignado, personándose en él la parte apelante y las partes apeladas.

**CUARTO:** No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 29 de Marzo de 2017.

**QUINTO:** Deliberado el recurso y observándose por el Tribunal la posible concurrencia del motivo de inadmisibilidad consistente en recurrirse un acto presunto al que la ley confiere efectos positivos, así como que, al haber manifestado la parte, con posterioridad a la interposición de la demanda que lo que en realidad recurría era la inactividad de la Administración al no ejecutar un acto firme, pudiese ser constitutivo de desviación procesal, se acordó oír a las partes a los efectos previstos en el art 65.2 de la ley 29/98, para lo cual, y por haber manifestado su conformidad la partes, se dieron por reproducidas sus alegaciones formuladas en la vista que en el recurso de apelación nº 39/2017, con objeto análogo al actual, se celebró el 29 de Marzo de 2017, quedando las actuaciones para sentencia.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que, estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, es ajustada o no a derecho, entendiendo la parte apelante que no lo es y ello por cuanto que, en primer lugar, una vez que consta tanto en el escrito interponiendo el recurso, como en el de demanda, y así se reconocen la sentencia, que el recurso se interpuso contra los actos presuntos o expresos que vulneraban según la contraparte el derecho fundamental reconocido en el art 23 de la Constitución, no es posible alterar el objeto del recurso, alegando que en realidad lo que se recurre es la inactividad de la Administración pues ello constituye una desviación procesal; en segundo lugar, porque, aun cuando se entendiese que lo recurrido fue la inactividad, en todo caso habría sido interpuesto fuera de plazo al haber transcurrido el que de veinte días se establece en el art 115 de la ley 29/98, y en tercer lugar, en cuanto al fondo, porque en todo caso la información interesada por la contraparte le ha sido suministrada en el plazo razonablemente exigible, por todo lo cual intereso el dictado de una sentencia por la que, revocando la e instancia, se declarase inadmisile el recurso o subsidiariamente, de no declararse así, se desestimase el recurso. A todo ello y por su orden se opusieron la parte apelada y el Ministerio Fiscal que, entendiendo ajustada a derecho la sentencia,



Código Seguro de verificación: pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==. 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	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/04/2017 12:53:23	FECHA	20/04/2017
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/04/2017 07:50:29		
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 20/04/2017 12:27:24		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/04/2017 13:15:35		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/5



pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==

interesaron la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.** Como cuestión prioritaria, por afectar a la admisibilidad del recurso, es preciso conocer acerca de si la sentencia objeto de la apelación, en cuanto que desestimo el motivo de inadmisibilidad alegado por la hoy apelante y demandada en la instancia, por entender que el objeto del recurso fue la inactividad de la Administración, es ajustada a derecho, para lo cual es preciso partir de los siguientes antecedentes según constan en las actuaciones procesales seguidas: En el escrito de interposición del recurso la parte recurrente, en el fundamento noveno hizo constar que el objeto del recurso era el art 25.1 de la LJCA, y en cuanto al plazo e interposición se remitió a lo dispuesto en el art 115.1 de dicha ley, lo que corroboro en el escrito de demanda. Una vez que se dio traslado de la demanda a la contraparte y a la vista de que esta alego la inadmisibilidad del recurso, por no ser recurrible un acto al que la ley anudaba efectos positivos al silencio, adujo que el objeto del recurso era la inactividad de la Administración al no suministrar de hecho la información solicitada pese a tener derecho a ella como consecuencia del silencio positivo”.

Pues bien, partiendo de dichos antecedentes, la solución que se alcanza no es otra que la estimatoria del recurso de apelación y por ello la desestimación del recurso y ello por las siguientes consideraciones: En primer lugar porque, en orden a la actividad recurrida inicialmente, acto presunto en cuanto a la falta de respuesta por parte de la Administración, es claro que si lo que recurría era el silencio negativo el recurso no puede ser admitido, pues una vez que el art 14.2 del RD 2568/86 da efectos positivos a dicha falta de respuesta, el acto recurrido resulta inexistente, y si lo que se recurría, y así se concluye de la cita expresa que lleva a cabo la parte recurrente invocado el art 25.1 de la ley 29/98, era el silencio positivo, es claro que no puede recurrirlo la parte a la que favorece el silencio, pues con él no ha sufrido ningún gravamen; en segundo lugar porque -- y esta parece ser la voluntad de la recurrente, si lo que pretendió recurrir era la inactividad de la Administración en cuanto que pese a reconocerle el derecho por silencio, no lo ejecuto permitiéndole el efectivo acceso a la información solicitada -- porque una vez que el recurso no se interpuso contra la inactividad no es posible alterar, una vez contestada la demanda, el objeto del proceso, pues ello supone una desviación procesal, lo que en el ámbito procesal civil equivaldría a una mutatio libelli, toda vez que como tiene declarado el T. S. en sentencias entre otras de 11 de Septiembre de 1911 y las que cita la apelante en su escrito de apelación, “es en el escrito de interposición donde quedan donde queda concretado invariablemente el objeto del pleito y al que ha de adecuarse el de demanda, sin posibilidad legal, por tanto, de mutación en ese aspecto, dirigiendo los fundamentos y pretensiones contra acto diferente, hasta el punto que la incidencia en ese defecto o infracción legal constituye una infracción procesal sustancial que hace que quede fuera del proceso toda consideración sobre las materias y pretensiones referentes al acto administrativo traído de es anómala forma a las actuaciones, debiendo limitarse el análisis y decisión a las relativas al acto contenido en el escrito de interposición”.

**TERCERO:** Frente a lo anterior no puede invocarse la aplicación del principio “pro actione”, en virtud del cual, a la hora de resolver acerca de la admisión o no de un recurso hay que decantarse en favor de la admisión del mismo, pues, sin desconocer que como ha



Código Seguro de verificación: pf jELykRBmZ91 jGog+eq9w==. 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	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/04/2017 12:53:23	FECHA	20/04/2017
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/04/2017 07:50:29		
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 20/04/2017 12:27:24		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/04/2017 13:15:35		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/5
 pf jELykRBmZ91 jGog+eq9w==			

establecido el T. Constitucional en la sentencia entre otras 113/2003, aun cuando el principio pro actione, que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida...ello no obsta a que no deba entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o... resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que lo regulan... de manera que lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión preservan los intereses que sacrifican, en base a dicho principio no pueden quebrantarse las mínimas exigencias procedimentales hasta el punto de hacer tabla rasa de las mismas, aun cuando el fin que se persiga sea resolver la controversia entre las partes, pues, entre otras cosas el derecho al proceso establecido, forma parte de la tutela judicial efectiva del art 24 de la Constitución.

**CUARTO:** Abundando en lo anterior, en cuanto a la invocación del principio pro actione, conviene insistir en su no aplicación por dos razones, no precisamente de carácter formalista, como son: la primera que la parte recurrente, si bien una vez contestada la demanda, adujo que en realidad el recurso interpuesto lo era contra la inactividad de la Administración, ello lo hizo de manera inconcreta pues no llego a aclarar si dicha inactividad y por ello el recurso, era el previsto y regulado en el art 29.2 de la Ley 29/98 o era el previsto en los arts 114 y 115 de dicha Ley, cuestión no baladí ni dogmática pues, aparte de que en el primero se contemplan cuestiones de legalidad ordinaria, el otro contempla una cuestión índole constitucional, en el primero el plazo para recurrir es de un mes desde la petición de ejecución del acto firme, en el segundo el plazo es de diez días una vez transcurrido los veinte días desde la reclamación, cuestión de extraordinaria importancia en cuanto que ni falta de precisión puede dejar indefensa a la parte demandada, ello aparte de que se pudieran crear una situación de incertidumbre que podría afectar a la cosa juzgada para el caso de que se volviese a accionar contra la negativa a dar la información tal cual ha sido interesada por la recurrente en la instancia, y la segunda que el procedimiento a seguir sería totalmente diferente en cuanto a que mientras que en uno sería el procedimiento abreviado, el otro seguiría los trámites establecidos en los arts 116 a 121 de la ley 29/98, por todo lo cual procede estimar el recurso de apelación y en consecuencia, revocando la sentencia dictada en la instancia, inadmitir el recurso interpuesto no entrando a conocer del fondo del asunto.

**QUINTO:** En cuanto al pago de las costas procesales y aun cuando el recurso es desestimado, una vez que consta que la cuestión presentaba una cierta oscuridad y complejidad a las que no fueron ajenos los razonamientos del juzgador a quo, procede no hacer especial pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



Código Seguro de verificación: pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==. 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	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/04/2017 12:53:23	FECHA	20/04/2017
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/04/2017 07:50:29		
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 20/04/2017 12:27:24		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/04/2017 13:15:35		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==	PÁGINA	4/5



pf jELyKRBmZ91 jGog+eq9w==



FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Amalia Chacón Aguilar en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Málaga, en autos nº 252/2016, la revocamos, y en su lugar acordamos la inadmisión del recurso interpuesto, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en ambas instancias.

Líbrese dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.



Código Seguro de verificación: pf jELykRBmZ91 jGog+eq9w==. 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	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/04/2017 12:53:23	FECHA	20/04/2017
	SANTIAGO MACHO MACHO 20/04/2017 07:50:29		
	MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 20/04/2017 12:27:24		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 20/04/2017 13:15:35		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/5



pf jELykRBmZ91 jGog+eq9w==