



SENTENCIA Nº 164/2020

En la ciudad de Málaga, a 22 de mayo de 2020.

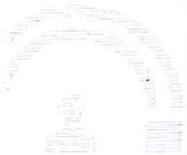
Visto por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo num. CINCO de Málaga y Provincia, Ilmo. Sr. Dr. D. LORENZO PÉREZ CONEJO, el recurso contencioso-administrativo tramitado como Procedimiento Especial de protección de los derechos fundamentales de la persona nº 374/2019, interpuesto por [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Barbadillo Gálvez y asistidos por el Letrado Sr. Aguilera Escobar, contra el acuerdo plenario del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 11 de marzo de 2019, Punto Único, según el cual "El Pleno del Ayuntamiento exige la dimisión de los [REDACTED]

[REDACTED] y del [REDACTED] [REDACTED] representada la Administración Municipal demandada por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistida por el Letrado Municipal Sr. Ibáñez Molina, constituyéndose como parte codemandada [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Sra. García Solera y asistidos por el Letrado Sr. Camas Jimena, fijándose la cuantía del recurso en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo fue interpuesto el día 21 de marzo de 2019, siendo remitido a este Juzgado por el Decanato en registro y reparto realizado el día 25 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- Por Providencia de 25 de marzo de 2019 se admite a trámite y se acuerda su tramitación conforme al Procedimiento Especial regulado en los arts. 114-122 de la LJCA, requiriéndose a la Administración demandada para el envío del expediente administrativo en el plazo máximo de cinco días, concediéndose el plazo improrrogable de ocho días para formalizar la demanda que tiene lugar el día 8 de mayo de 2019 y el mismo plazo a la Administración Municipal demandada para contestar la demanda que se realiza el día 20 de mayo de 2019, así como el Ministerio Fiscal emite informe en fecha 10 de junio de 2019 y la parte codemandada contesta la demanda el día 8 de julio de 2019.

TERCERO.- Mediante escrito de la parte demandante de 16 de diciembre de 2019 se insta que no se demore por más tiempo la sentencia dado el carácter preferente del procedimiento, dictándose Providencia de 19 de diciembre de 2019 por la que se otorga traslado a las demás partes para que alegasen lo que tuviesen por conveniente, lo que se ha imbricado con la actual emergencia sanitaria por contaminación vírica por el denominado COVID-19 que ha dado lugar a la declaración del vigente Estado de Alarma, sin que hayan tenido lugar alegaciones al respecto según Diligencia de 29 de abril de 2020.

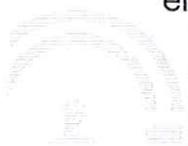


ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

CUARTO.- En la tramitación de este recurso contencioso-administrativo se ha dado cumplimiento a todas y cada una de las prescripciones normativas generales y particulares de procedente aplicación, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dado el cúmulo de asuntos pendientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se promueve por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los arts. 114-122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, contra el acuerdo plenario del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 11 de marzo de 2019, Punto Único, según el cual "El Pleno del Ayuntamiento exige la dimisión de los [REDACTED] [REDACTED] y del [REDACTED] [REDACTED] entendiendo la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso jurisdiccional que dicho acuerdo vulnera los derechos fundamentales al honor, de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y a la presunción de inocencia proclamados en los arts. 18, 23.2 y 24 de la Constitución Española, por lo que insta el dictado de sentencia por la que se declare nula la resolución del Pleno de 111 de marzo de 2019, con imposición de costas a la demandada y/o codemandados, en su caso.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SEGUNDO.- El Procurador de la Corporación Municipal recurrida, en la representación que ostenta de la Administración Local demandada, a través de su dirección letrada, interesa el dictado de sentencia por la que se inadmita el recurso o, en su caso, se desestime la demanda declarando que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Por la Procuradora de [REDACTED]

[REDACTED] en la representación que ostenta de la parte codemandada, a través de su dirección letrada, insta el dictado de sentencia por la que se inadmita el recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario o, en su caso, desestime la demanda con expresa condena de costas a la parte actora.

Por su parte, el Ministerio Fiscal entiende que el acuerdo plenario impugnado no es contrario a lo dispuesto en la Constitución, informando a favor de la desestimación de la demanda tanto por cuestiones de forma como de fondo, considerando en todo caso que no se vulneran los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18, 23 y 24 del texto constitucional.

TERCERO.- Ante la causa de inadmisibilidad aducida por las partes codemandada a lo que se suma el propio Ministerio Público y dado que la misma determina la inadmisión del recurso jurisdiccional ("ex" art. 69.c) en relación con los arts. 1.1 y 25 de la LJCA), procede



discutir la misma como tratamiento prioritario en cuanto al orden de pronunciamientos de la presente Resolución.

Tanto las partes codemandadas como el Ministerio Fiscal aducen que el acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 11 de marzo de 2019 no constituye un acto administrativo susceptible de impugnación jurisdiccional ("ex" art. 69.c) de la LJCA) al carecer de eficacia jurídica y tratarse de un acuerdo municipal que no puede ser ejecutado dado que al fin y al cabo no consiste en una pretensión deducida en relación con la actuación de una Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo (art. 1.1 de la LJCA).

CUARTO.- Ciertamente, el Punto Único del acuerdo plenario de dicho Consistorio de 11 de marzo de 2019, según el cual "El Pleno del Ayuntamiento *exige la dimisión* de los [REDACTED]

[REDACTED] no es un acto administrativo en sentido propio al no encontrarse sometido al Derecho Administrativo en cuanto acto jurídico que produce efectos jurídicos externos o "ad extra" y ello a pesar de proceder de una Administrativa Pública territorial, por lo que se cumple el elementos subjetivo pero no el objetivo, de tal manera que el contenido del acuerdo plenario por el que se aprueba la moción no tiene la naturaleza jurídico-pública de acto administrativo definitivo o resolución administrativa, sino que conforma una mera <<declaración de intenciones institucional de evidente vocación política>>, pero sin los requisitos mínimos exigibles para ser considerado jurídicamente un acto administrativo, al carecer de fuerza



de obligar, por lo que no existe ningún bien jurídico que tutelar (Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala C-A del TSJ de Madrid nº 858/12, de 31 de mayo de 2012, dictada en el recurso nº 938/10, que cita a su vez las SSTs de 18 de mayo de 1998, 24 de marzo de 1999, 9 de febrero de 2004, 23 de abril de 2008 y 11 de mayo de 2009).

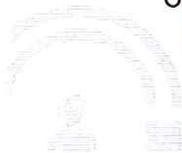
QUINTO.- El acuerdo municipal impugnado se limita a “exigir la dimisión” de concejales o cargos directivos por el Pleno, no constituyendo un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo ya que por su propia configuración la dimisión o renuncia requiere de un acto libre y voluntario de la persona o cargo que va a dimitir, por lo que resulta difícil incluso contradictorio exigir la misma, máxime cuando el [REDACTED] es personal, aconteciendo algo diferente con el “cese” pero que no es el caso que nos ocupa y preocupa, y que tampoco sería posible ya que la competencia municipal para el cese en un órgano directivo no es del Pleno sino de la Junta de Gobierno Local, por lo que la figura retórica de la “exigencia de dimisión” hay que enmarcarla dentro de la dinámica usual o habitual de la dialéctica política, al margen de los efectos jurídicos, de ahí que no sea posible la ejecución de lo acordado, lo que lo corrobora el hecho de que la misma no haya tenido lugar, como expresamente reconoce impasiblemente la propia parte codemandada, que forma parte de uno de los [REDACTED] [REDACTED] que plantea la moción a modo de reprobación política que da lugar al acuerdo del Pleno del



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Ayuntamiento demandado que la aprueba en fecha 11 de marzo de 2019 (folio 2 del EA).

SEXTO.- Sobre dicho particular, conviene traer a colación el Informe emitido por la Secretaría General del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 22 de mayo de 2018 (no de 2015, a pesar de lo que dice), sobre las Mociones aprobadas por el Pleno de dicha Corporación Municipal, que le fue solicitado por la Alcaldía-Presidencia en fecha 15 de mayo de 2018, en el que se analizan las mociones plenarias reguladas en el art. 73 del Reglamento Orgánico del Pleno y art. 123 de la LBRL, distinguiendo dos consecuencias de la aprobación de una Moción, “servir de resolución inicial de oficio de un expediente que, tras su instrucción, se someterá a la Comisión del Pleno competente para que eleve su dictamen al Pleno, o limitarse a un pronunciamiento expresivo de una voluntad política determinada”, concluyendo el Informe con un catálogo de cuatro tipo de mociones acompañado de la recomendación sobre su tratamiento, en el que se incluye en el apartado d) las mociones que limitan su tramitación y efectos a un pronunciamiento expresivo de una voluntad política determinada, del cual se dará traslado para su conocimiento al órgano competente (Alcalde o Junta de Gobierno Local), entendiéndose la Secretaría General que este tipo de mociones nunca pueden servir de resolución inicial de un expediente administrativo, puesto que el acuerdo por el que se inicia un expediente solo puede ser adoptado por el mismo órgano que es competente para resolver.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SÉPTIMO.- Pero es más. La moción de control político de 16 de febrero de 2019 se basa en un acuerdo también plenario, pero en sesión ordinaria, de 6 de febrero de 2019, conforme al cual la mayoría acuerda exigir la dimisión de los ahora recurrentes: "..., bajo el supuesto que, tras conocerse la denuncia de la fiscalía, se abriesen diligencia por parte de un juzgado y llamaran a estos [REDACTED] [REDACTED] como finalmente ha sucedido,..." (folios 1 y 2 del EA).

Por lo tanto, el acuerdo plenario de 11 de marzo de 2019 no es más que un acto ejecutivo del acuerdo plenario de 6 de febrero de 2019, una vez que se cumple el supuesto al que el mismo se condiciona, la incoación de Diligencias Previas nº 309/19 por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de esta Capital de 13 de febrero de 2019, por el que se acuerda entre otras diligencias la declaración de los tres recurrentes en calidad de "investigados" por la presunta comisión de delitos de prevaricación, tráfico de influencias, falsedad documental y malversación de caudales públicos, en relación a las irregularidades administrativas apreciadas en la tramitación de numerosos expedientes administrativos por infracciones urbanísticas en la Urbanización "Villas del Arenal", sin que conste que el acuerdo originario o genésico haya sido impugnado, por lo que el mismo habría devenido firme y consentido, siendo de aplicación el art. 28 de la Ley Jurisdiccional cuando establece que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, como acontece en el asunto de autos.

Por todo lo cual, procedería acoger la causa de inadmisibilidad aducida e inadmitir el presente recurso contencioso-administrativo por tratarse de actividad administrativa no susceptible de impugnación jurisdiccional (“ex” art. 69.c) en relación con los arts. 1.1, 25 y 28 de la LJCA), sin entrar por tanto a conocer el fondo de la cuestión litigiosa, pero incluso accediendo a la parte sustantiva del asunto controvertido ya que la inadmisión del recurso podría haber tenido lugar mediante un simple Auto estimatorio de la alegación previa (“ex” art. 59.4 de la LJCA), el resultado ha de ser el mismo como se pondrá de manifiesto a continuación.

OCTAVO.- “Prima facie”, el procedimiento escogido por la parte actora para impetrar tutela judicial está limitado a que la infracción del ordenamiento jurídico reprochada suponga, a su vez, una violación de un derecho fundamental susceptible de amparo (“ex” artículo 121.2 de la LJCA), pudiendo ocurrir que el acto impugnado sea ilegal, pero que no vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo en cuyo caso no prosperaría dicho procedimiento sumario y preferente, que tiene como contrapartida la limitación de los motivos de impugnación, ya que solo pueden prosperar si se aduce y acredita la existencia de una vulneración de tal carácter.

La doctrina en esta materia se encuentra expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2007, rec. 791/2007



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

(Ponente: Excmo. Sr. Díaz Delgado), en su Fundamento de Derecho Primero, cuando postula que: "Es conocida la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional que mantienen la conformidad con la Constitución Española de la previsión contenida actualmente en el artículo 117.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra un acto administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por inadecuación de procedimiento. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1982, sostiene el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través del citado procedimiento especial, recordando la doctrina de este Tribunal Supremo, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, en el sentido de que tal garantía contencioso-administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, y que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su repercusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario. Añade el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia que esta limitación da lugar a que sea inadecuado tal procedimiento para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución, lo que determina que no pueda admitirse, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera



Invocación de un derecho fundamental. Recuerda el Tribunal Constitucional que el proceso especial, entre otras ventajas de procedimiento comporta un régimen excepcional de suspensión del acto impugnado, cuyo disfrute no puede, en modo alguno, dejarse al arbitrio del recurrente. Igualmente sostiene que la consecuencia a que debe llegarse es la de que la viabilidad del proceso especial debe ser examinada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, partiendo de la facultad que les corresponde, con carácter más destacado en un proceso tan ligado al interés público, de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo especial de proceso. Finalmente, sostiene que cuando el recurrente en vía contencioso-administrativa acude al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado, de la vía ordinaria, por sostener que existe una lesión de derechos fundamentales, cuando «prima facie», pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser la inadmisión del recurso". Dicha Sentencia se dicta, precisamente, en un caso de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona, pero su doctrina establece la verdadera esencia de este proceso, lo que resulta oportuno tener en cuenta a la hora de abordar el examen de los motivos de impugnación planteados.

NOVENO.- El apartado 2º del art. 115 de la Ley Jurisdiccional dispone que en el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

resultando que en el presente caso se interpone recurso de amparo judicial de derechos fundamentales, por considerar que la resolución recurrida vulnera el derecho fundamental al honor, a la participación y acceso en los asuntos públicos y a la presunción de inocencia consagrados en los artículos 18, 23 y 24 de la Constitución Española al haberse adoptado el acuerdo plenario por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 11 de marzo de 2019, Punto Único, según el cual el Pleno del Ayuntamiento exige la dimisión de los [REDACTED] y del [REDACTED]

Por lo que respecta al primer derecho fundamental cuya violación se alega, las manifestaciones contenidas tanto en la moción de fiscalización política como en el posterior acuerdo plenario recurrido son intervenciones políticas destinadas a exigir responsabilidades políticas que se encuentran amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la "Lex legum", resultando que en el supuesto de colisión entre el mismo y el reconocido en el art. 18 CE conlleva a la ponderación inexorable entre ambos prevaleciendo la libertad de expresión sobre el derecho al honor al resultar esencial para garantizar la formación de una opinión pública libre que se reputa indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC nº 49/01, de 26 de febrero de 2001 y nº 204/01, de 14 de octubre de 2001 y STS de 11 de marzo de 2009), primando tan sólo el derecho al honor sobre la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes y ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se exponen y, en consecuencia, innecesarias a ese propósito, que no es el caso que



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

nos ocupa ya que concurre la denuncia formulada por la Fiscalía Provincial de Málaga que ha dado lugar a una investigación penal, sin que se haya manifestado ninguna expresión grosera.

DÉCIMO.- Por lo que se refiere al segundo derecho fundamental invocado, el art. 23 de la "Norma normarum" dispone que: 1.- Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2.- Asimismo, tienen el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes.

Pues bien, ningún menoscabo o perjuicio han sufrido los recurrentes ya que el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Málaga de 11 de marzo de 2019 según el cual el Pleno de dicha Corporación Municipal <<exige su dimisión>> no ha sido ejecutado ni podrá serlo dado que el Acta de Concejal es personal requiriéndose por tanto de la libre y voluntaria decisión de llevar a cabo la oportuna dimisión o renuncia, de la que no existe constancia que haya tenido lugar, correspondiendo además la competencia para cesar a los actores en el ejercicio de sus funciones públicas a la Junta de Gobierno Local y no al Pleno.

UNDÉCIMO.- Por último, en cuanto al derecho fundamental a la presunción de inocencia para que pueda apreciarse su transgresión es necesario que exista un vacío probatorio dentro de un procedimiento punitivo y ni en la moción ni en el acuerdo plenario impugnado se



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

entra en ningún momento a debatir sobre la comisión de los delitos imputados por los cuales están los demandantes siendo investigados, por todo lo cual procede desestimar la demanda articulada en el presente recurso contencioso-administrativo y declarar que la resolución recurrida no vulnera los derechos fundamentales consagrados en los arts. 18, 23 y 24 de la Constitución Española.

DUODÉCIMO.- En virtud de lo establecido en el art. 139 de la Ley de Enjuiciamiento Administrativo de 13 de julio de 1998, tras la reforma dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en concordancia con el art. 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte actora.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad conferida por el Pueblo Español a través de la Constitución y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLO

Que debo **desestimar y desestimo** la demanda formalizada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] tramitado por el Procedimiento Especial de los Derechos Fundamentales de la Persona nº 374/2019, contra el Acuerdo Plenario recurrido descrito en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia, confirmándolo por ser ajustado a Derecho, declarando que no vulnera el derecho



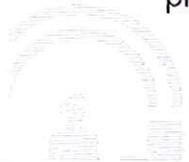
ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

fundamental consagrado en los arts. 18, 23 y 24 de la Constitución, con imposición de las costas a los recurrentes.

Contra la presente Resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto de conformidad con lo establecido en el art. 81.2.b) en relación con el art. 121.3 de la Ley Rituaria Contencioso-Administrativa, previo el cumplimiento de lo prescrito en la Disposición Adicional 15ª.3.b) de la LOPJ en la redacción dada por el Artículo Primero Apartado 19 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Con antelación a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratase de un recurso de queja o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad bancaria "Santander" con número 2364, lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos y una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio,
mando y firmo.-

