



SENTENCIA Nº 1825/2020
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEDE DE MÁLAGA
SECCIÓN FUNCIONAL TERCERA

R. APELACIÓN Nº 2854/2020

Ilma. Sra. Presidenta:

DOÑA CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL.

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.

D^a. BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO.

En la ciudad de Málaga, a tres de noviembre de dos mil veinte.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **rollo de apelación número 2.854/2020**, dimanante de los autos de procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales nº 374/2019, seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, de cuantía indeterminada, siendo parte apelante, [REDACTED]

[REDACTED] representados por la procuradora de los tribunales doña Paloma Barbadillo Gálvez y dirigidos por el letrado don José Carlos Aguilera Escobar, y partes apeladas, el **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado por el procurador de los tribunales don José Manuel Páez Gómez y asistido por el letrado don Miguel Ángel Ibáñez Molina, y [REDACTED]

[REDACTED] representados por la procuradora de los tribunales doña Marta García Solera y asistidos por la letrada doña Carmen Domínguez Aguilar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.





SEGUNDO.- La defensa letrada de los apelantes se alza contra la sentencia de instancia con base en los siguientes motivos de impugnación que exponemos sucintamente:

-1º) Incongruencia interna de la sentencia.

A juicio de los apelantes, si el magistrado de instancia en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia, en los que se analiza de forma prioritaria la causa de inadmisibilidad aducida por las partes codemandadas y por el Ministerio Público al amparo del art. 69 c) de la LJCA, considera que concurre, en coherencia con tales fundamentos, hubo de haber inadmitido el recurso contencioso-administrativo y no entrar en el fondo de la cuestión. Los apelantes invocan en este extremo de la falta de lógica interna de la sentencia, la STS de 21/3/2015 (rec. 3.439/2005).

Todavía dentro de este motivo, los apelantes aluden al art. 2 a) de la LJCA y defienden que el juicio de constitucionalidad es ajeno a la naturaleza jurídica administrativa del acto, siendo la resolución del Pleno una manifestación de voluntad política que adquiere relevancia jurídica, con afectación de derechos individuales merecedores de protección, mediante su debate y votación.

-2º) Error juris en la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión en el supuesto de colisión reconocido en el art. 18 de la CE. Vulneración del derecho a la reputación de inocencia.

Bajo esta rúbrica los apelantes realizan una serie de consideraciones acerca de la doctrina constitucional atinente a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, en su dimensión extraprocesal de reputación de inocencia, y al derecho al honor, tras lo cual alegan que la resolución impugnada predetermina la culpabilidad de los que estaban siendo investigados, en cuanto que se afirma directamente que sus representados son culpables, con lo que, al contrario de lo apreciado en la sentencia apelada, se vulneraron los precitados derechos fundamentales. Cierran su recurso de apelación aludiendo los apelantes a la sentencia del TEDH de 10 de febrero de 1995 “Allenet De Ribermont contra Francia”, en la que se resolvió que las afirmaciones en los medios de comunicación del Primer Ministro francés y de otras autoridades policiales vulneraron el derecho a la presunción de inocencia de un sospechoso de homicidio.

Por todo lo anterior solicitan el dictado de sentencia por la que se “(...) declare la nulidad de la sentencia impugnada y, en consecuencia, la nulidad también de la resolución del [REDACTED] por





cuanto viola los derechos fundamentales de mis representados que amparan los artículos 18 y 24 de la CE, con imposición de costas a la demandada y codemandados de la primera instancia.”

TERCERO.- La representación del Ayuntamiento de Málaga y resto de coapelados en sus respectivos escritos de oposición al recurso de apelación solicitan la confirmación de la sentencia de instancia por argumentos esencialmente coincidentes entre sí.

Defienden que el juzgador *a quo*, si bien pudo haber inadmitido el recurso, optó por enjuiciar el fondo del mismo al objeto de otorgar una mayor tutela judicial efectiva y no provocar indefensión, siguiendo de modo congruente las pretensiones deducidas por las partes y el Ministerio Fiscal. En todo caso, propugnan que, como acertadamente se apreció en la sentencia apelada, el acuerdo plenario impugnado se trató de una actuación no sometida a revisión jurisdiccional por su carácter político, inejecutabilidad y carencia de efectos jurídicos que, en todo caso, no vulneró los derechos fundamentales invocados por los actores al honor (art. 18 CE), a la participación política (art. 23 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

CUARTO.- Expuestas las posturas de las partes litigantes, el recurso de apelación prospera en parte en los términos que son de ver.

Sobre el vicio de incongruencia interna que los apelantes imputan a la sentencia de instancia, conviene citar la STS de 19 de julio de 2018 (rec. 592/2016), en la que dice:

“Como ha señalado una reiterada jurisprudencia [por todas, sentencias de 16 de marzo de 2016 (casación n.º 3908/2014 FJ 3.º); 17 de noviembre de 2014 (casación n.º 2407/2011 FJ 8.º) y las que en ella se citan], la exigencia de precisión y claridad contenida en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al rigor discursivo de las sentencias y a que éstas mantengan coherencia y lógica interna tratando de evitar contradictio in terminis. La sentencia debe guardar una coherencia interna, de manera que observe una correlación adecuada entre la ratio decidendi y lo resuelto en su parte dispositiva. Asimismo, ha de reflejar la conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. La incongruencia interna de la sentencia constituye, por tanto, motivo de casación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, pero no por desajuste con lo pedido o la causa de pedir, en los términos que derivan de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción, sino por falta de la lógica que requiere que la conclusión sea el resultado de las premisas previamente establecidas por el Tribunal, ya que los fundamentos



jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva, esclareciendo y justificando los pronunciamientos, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna cuando lo decidido resulta inexplicable.

No obstante, la misma jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones al respecto: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse, como acontece en el motivo, en la consideración de un razonamiento aislado, sino que es preciso tener en cuenta para fundamentarla su motivación completa; y tampoco basta para apreciar el defecto cualquier tipo de contradicción, sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones obiter dicta, razonamientos al pasar o a mayor abundamiento, puedan determinar la incongruencia interna.”

Trasladando la anterior doctrina a este caso, el motivo ha de tener nuestra acogida porque la sentencia adolece del vicio de incongruencia interna que se le imputa.

El magistrado *a quo* dedica la primera parte de la sentencia a abordar la causa de inadmisibilidad aducida en la instancia por los codemandados y el Ministerio Fiscal consistente en la falta de actividad administrativa impugnabile, de conformidad con los arts. 1.1, 25 y 69 c) de la Ley Jurisdiccional, cuyo examen mediante providencia de 12/6/2019 dejó expresamente para sentencia, y considera que, en efecto, concurre al tratarse el acuerdo plenario impugnado de una “*mera declaración de intenciones institucional de evidente vocación política*”, es decir, una “*figura retórica*” y no un acto administrativo propiamente dicho impugnabile ante la jurisdicción al no encontrarse sometido al Derecho Administrativo, no producir efectos jurídicos externos o “*ad extra*”, adoptarse por el Pleno sin competencia para ello, correspondiéndole a la Junta de Gobierno Local, y carecer de fuerza alguna de obligar, ya que la dimisión o renuncia a la que se refería el acuerdo, continúa argumentado en la sentencia, requiere de un acto libre y voluntario de la persona o cargo que va a dimitir. Se apoya y valora la sentencia apelada un informe emitido por la Secretaría General del Ayuntamiento de Málaga en el que se analizan las mociones plenarias reguladas en el art. 73 del Reglamento Orgánico del Pleno y en el art. 123 de la LBRL, y en el que se concluye que este tipo de mociones limitan sus efectos a un pronunciamiento expresivo de una voluntad política determinada.

Seguidamente, todavía dentro de las causas de inadmisibilidad, el juzgador argumenta en el fundamento de derecho séptimo que el acuerdo plenario recurrido no es más que un acto ejecutivo de otro anterior de [REDACTED] que no fue recurrido y devino en consentido y firme, siendo entonces de aplicación el art. 28 de la LJCA. Según se dice en la sentencia apelada, en ese anterior acuerdo plenario de 6/2/2019 se decidió exigir la dimisión de los ahora apelantes “(…), *bajo el supuesto que, tras conocerse la*



denuncia de la fiscalía, se abriesen diligencia por parte de un juzgado y llamaran a estos [REDACTED] como finalmente ha sucedido, (...)". Al cumplirse dicho condicionante con la incoación posterior de un procedimiento penal y la llamada por el juez de instrucción de los tres recurrentes a declarar en calidad de investigados, continúa diciendo la sentencia, el acuerdo recurrido de [REDACTED] constituye un acto ejecutivo del [REDACTED] "*(...), sin que conste que el acuerdo originario o genésico (sic) 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 confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, como acontece en el asunto de autos.*"

Por su importancia vamos a reproducir el fundamento de derecho séptimo, in fine, de la sentencia apelada, donde se contiene el argumento por el que a pesar de entender el *magistrado a quo* que concurría causa de inadmisión del recurso, entró el fondo del mismo:

"(...) 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."

Pues bien, a nuestro juicio, si el magistrado de instancia consideró fundadas las excepciones de las codemandadas y entendió que el recurso era doblemente inadmisibile, al no tratarse de un acto administrativo propiamente dicho y, en todo caso, haberse dictado en ejecución de otro anterior consentido y firme -argumentación esta segunda que en modo alguno combaten los apelantes-, en coherencia con estos razonamientos, su enjuiciamiento hubo de quedar ahí y acordar y llevar al fallo la inadmisión del recurso jurisdiccional de conformidad con los preceptos que cita correctamente en la sentencia, y no pasar, a buen seguro por un exceso de celo, a examinar el fondo del recurso y determinar que no hubo vulneración de los derechos fundamentales al honor, al acceso a cargo público y a la presunción de inocencia invocados por los actores. La inadmisión del recurso contencioso-administrativo al amparo de los arts. 68.1 a) y 69 c) de la Ley Jurisdiccional, de ser fundada y ajustada al ordenamiento-jurídico, habría sido respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes reconocido en el art. 24.1



de la CE.

Llegado a este punto, y puesto que la rebaten y critican los apelantes, hemos de revisar la argumentación dada por el magistrado de instancia para considerar que el [REDACTED] no podía constituir actividad administrativa impugnabile.

Tras hacer las consideraciones que hemos explicitado arriba, la sentencia apoya su criterio de que concurre la causa de inadmisión del recurso del art. 69 c), al no ser el acto susceptible de impugnación, en 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. En aquella sentencia la Sala territorial equivalente de Madrid declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid en el que se había decidido la retirada de determinados honores y distinciones concedidos a [REDACTED] ya que en él el ente local se limitaba a expresar una opinión política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la Corporación y, por tanto de los vecinos representados, en el ejercicio del derecho de participación y libertad de pensamiento de los arts. 23.1 y 20.1 .a) de la Constitución, por lo que carecía del contenido administrativo mínimo que lo hiciese residenciable ante esta jurisdicción. Aquel caso, como comprobamos, no tiene paralelismo con el nuestro.

En el presente litigio se trata de un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga, en el que tras el oportuno debate y votación, la mayoría de sus miembros aprobó una moción presentada por tres grupos municipales para exigir la dimisión de dos [REDACTED] que estaban siendo [REDACTED] Estamos, pues, ante un acuerdo adoptado por el máximo órgano colegiado de la corporación, sometido plenamente a la normativa de régimen local, cuyo contenido, si bien no era en absoluto vinculante para los cargos públicos concernidos, sí tenía una indudable naturaleza jurídica en cuanto que expresaba inequívocamente una declaración de voluntad del Pleno que, a pesar de agotar sus efectos en la propia declaración, provocó que los recurrentes cuya dimisión se exigía, se considerasen inquietados y perturbados en sus derechos fundamentales cuya tutela judicial impetraron. Ha apuntado en este sentido el Tribunal Constitucional que *"lo jurídico no se agota en lo vinculante"* (STC nº 42/2014, de 25 de marzo, fundamento de derecho segundo). Estamos, en definitiva, ante un acto administrativo encuadrable en el art. 25.1 de la LJCA y fiscalizable por esta jurisdicción, sin que esto suponga desconocer su evidente finalidad política. Afirma en este sentido la STS de 24/11/2003 (rec. 7.786/2000), relativa a un supuesto de declaración de persona *non grata* efectuada por un ayuntamiento respecto de una una empresa de telefonía,



después de disertar a propósito de los llamados “actos políticos”, que “(…), ni desde la clásica concepción ni desde la obligada concepción constitucional puede apreciarse en el acto que se examina los requisitos de naturaleza subjetiva y objetiva que caracterizan el denominado acto político. Por el contrario, se trata de un acuerdo municipal -no del Gobierno o de algún Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma- y no se dicta en el ejercicio de la función de dirección política o en el ámbito de relaciones constitucionales. Constituye, en definitiva, un acto municipal plenamente fiscalizable en sede contencioso-administrativa.”

Ahora bien, como hemos visto arriba, el magistrado de instancia consideró inadmisibile el recurso por una segunda razón, esto es, ser el acuerdo plenario impugnado de 11 de marzo de 2019 dictado en ejecución del anterior de 6 de febrero, el cual no fue recurrido y devino en consentido y firme, entendiendo de aplicación el art. 28 de la LJCA, en relación con el art. 69 c). Y esta segunda causa de inadmisión -que la sentencia apelada apreció pero no aplicó- no ha sido combatida por los apelantes en esta segunda instancia, sino que se han limitado a denunciar el vicio de falta de congruencia interna que ya hemos apreciado, por lo que, a diferencia de la anterior, no la podemos revisar en atención a la regla “*tantum devolutum, quantum appellatum*” (se transfiere, lo que se apela) o congruencia con el recurso, por lo que hemos de estar necesariamente a lo razonado en la sentencia apelada y acordar su inevitable consecuencia que no es otra que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

Razones, todas las cuales, nos conducen a estimar parcialmente el recurso de apelación formulado y revocar la sentencia de instancia al no resultar ajustada a derecho, con correlativa inadmisión del recurso jurisdiccional deducido por los recurrentes.

QUINTO.- El prosperar el recurso de apelación e inadmitirse el contencioso-administrativo no haremos expreso pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias, por lo que cada parte pagará las originadas a su instancia y la mitad de las comunes (art. 139.1 y 2 Ley 29/98).

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

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de 



contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, de fecha 22 de mayo de 2020, de la que más arriba se ha hecho expresión, la que revocamos, y en su lugar **declaramos la inadmisibilidad** del recurso-contencioso administrativo formulado por aquellos contra el (██████████) del Ayuntamiento de Málaga de (██████████) definido *ut supra*, y todo ello sin costas en ninguna de las dos instancias.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, devuélvase las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

10

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada 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. Doy fe.

