



**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga**

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320230002190. Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 3 de Málaga Tipo y número procedimiento origen: DFU 279/2023

**Procedimiento: Recurso de Apelación 128/2024.**

**De:** [REDACTED]

**Procurador/a:** ANA MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ

**Letrado/a:** TINTA\_NOMABOGADO

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE MALAGA

**Letrado/a:** S.J.AYUNT. MALAGA

**SENTENCIA NÚMERO 929/2024**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:**

**PRESIDENTE**

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

**MAGISTRADOA/O**

Dª MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de Málaga, a 3 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 128/2024, interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández, en nombre de [REDACTED] que asume su propia defensa, contra el auto n° 234/2023, de 27 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° TRES de MÁLAGA, en los autos Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona n° 279/2023, compareciendo como parte apelada AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y asistido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal.

Interviene el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñada que estima el recurso interpuesto por la parte ahora apelada.

**SEGUNDO.-** La parte apelante presente escrito el 9/12/23 exponiendo cuanto considera conveniente para pedir resuelva el mismo es mando las pretensiones de esta parte para que sea admitido el recurso contencioso administrativo especial interpuesto, con imposición de costas al Ayuntamiento.

**TERCERO.-** La parte apelada presenta escrito alegando cuanto tiene por oportuno para pedir confirme el Auto dictado en el presente procedimiento y, por tanto, el acto administrativo impugnado por la parte actora.

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal presenta informe a 1/02/24 alegando cuanto tiene por oportuno para no formular oposición al recurso de apelación, entendiendo que no concurre causa de inadmisibilidad.

**QUINTO.-** Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara prueba, vista o conclusiones, se señaló para votación y fallo, acto que tuvo lugar hoy.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de Málaga, en el auto nº 234/2023, de 27 de noviembre, en los autos Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 279/2023, que dispone:

*“INADMITO el recurso c-a interpuesto por [REDACTED] - por el cauce del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona – frente a la desestimación por silencio administrativo de lo solicitado el día 8-102022: necesidad de proveerse el puesto de trabajo que había quedado vacante tras la jubilación de la funcionaria [REDACTED]*

*Las costas de la instancia se imponen a la parte recurrente “*

**SEGUNDO.-**La parte apelante, alega:

- Igualdad de armas entre la Administración y los administrados.

Discrepa esta parte respecto a la fundamentación del auto respetuosamente porque no puede admitirse que el Ayuntamiento se prevalga de su propia voluntad manteniendo “sine die” el puesto de trabajo controvertido sin cubrir y que cuando un empleado municipal insta su convocatoria se le exija una actividad mucho más diligente de lo razonable y que ha llevado a cabo cuando es la Administración demandada quien ha provocado la reacción del citado empleado ante su obstinación en mantener sin cubrir un puesto de trabajo que, además, es de una oficina de atención directa y con nua a la ciudadanía en un distrito como medio de acercar el Ayuntamiento a la vecindad.



Si verdaderamente el puesto, o incluso la oficina, no resultaba necesaria después de más de año y medio sin cobertura del mismo, lo que tenía que hacer el Ayuntamiento es suprimirlo, pero no mantenerlo sin cubrir a la espera, al parecer, de encontrar el candidato ideal a criterio subjetivo del Área de Recursos Humanos de la Corporación.

- El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de diciembre de 2021 indicaba, reiterando consolidada jurisprudencia, que para acudir, como en el caso presente al procedimiento especial previsto en los artículos 114ss LJCA, no hace falta agotar la vía administrativa previa.

En el presente caso, el demandante instó en vía administrativa la convocatoria del puesto de trabajo citado y, ante la inactividad de la Administración, dejando incluso pasar algún mes más, acudió a la vía judicial con el objetivo de que el puesto fuera convocado y que él y cualesquiera otros empleados municipales pudieran concurrir a un proceso respetuoso con los principios de igualdad y mérito del art. 23.2CE, derecho fundamental que el Ayuntamiento estaba soslayando y, probablemente, como se señaló en el escrito de interposición, sirviéndose de algún empleado de los que trabaja actualmente en dicha OMAC para ejercer “de hecho” las funciones de jefatura.

Del mismo modo, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 52-2014, haciendo alusión a una consolidada doctrina, el silencio administrativo -como el producido aquí ante la solicitud del demandante- es una ficción que debe permitir la vía judicial al interesado sin que la Administración pueda prevalerse de su posición preponderante cuando no ha actuado desestimando expresa y motivadamente al menos la petición que se le formuló.

Y tampoco exige la citada doctrina del Tribunal Constitucional, en contra de lo señalado en el auto recurrido, que se tenga que agotar la vía administrativa.

Pretender que haya que instar en dos ocasiones, no siendo suficiente una, a la Administración para que actúe y convoque el puesto en cuestión resulta ofrecerle una ventaja más añadida a su posición de prevalencia con que cuenta en nuestro ordenamiento cualquier ente público ante la supuesta defensa de los intereses generales que le corresponden y escudándose en los cuales actúa de este modo para favorecer a personas determinadas posiblemente y, en cualquier caso, para impedir el libre ejercicio del derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, en este supuesto, en su modalidad de progreso en la carrera profesional.

En el presente caso, incluso, consta informe de la Fiscalía que, apoyándose en la citada y otra jurisprudencia, y aplicando el principio “pro actione” insta la admisión del recurso y el dictado de una sentencia de fondo. Nos remitimos a lo que señala el informe del fiscal que obra en autos.

- Pero es que, además, en otro caso similar instado por el letrado que suscribe en su condición de empleado municipal, la magistrada ha rechazado la causa de inadmisión alegada por el Ayuntamiento. Se acompaña como DOCUMENTO 1 el citado auto.

**TERCERO.-** La parte apelada opone:

-Dado que el objeto del presente recurso contencioso-administrativo es la “inactividad administrativa” (en opinión del recurrente, cuestión que rechazamos totalmente), y por el procedimiento especial citado, el plazo para la interposición es el dispuesto en el segundo párrafo del art. 115.1 de la LJCA, del siguiente tenor:



*“Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente”.*

No estamos ante un supuesto de silencio administrativo, sino ante un recurso interpuesto contra la inactividad administrativa.

- El Juzgador de instancia en el citado Auto en primer lugar aclara que *“... no se discute que la vía administrativa esté agotada tras la falta de respuesta por la Administración y que pueda accederse a la vía judicial..... sino en términos de qué plazo considerar para interponer recurso c-a cuando la Administración no contesta en escrito reclamando el cumplimiento de una obligación por la vía del art. 29.2 LJCA”.*

Y aplicando el art. 115.1 LJCA señala que *“...el plazo para interponer el recurso c-a es de diez días a partir de transcurridos veinte desde la fecha de la reclamación. Por tanto, asiste la razón a la Administración cuando defiende la interposición extemporánea, pues el plazo de interposición venció el día 22-11-2022, claramente sobrepasado cuando realmente se interpone el 25-8-2023”.*

Y en relación a la aplicación de lo dispuesto en la Sentencia del TC nº 52/2014, afirma que la misma no resulta aplicable ya que en el presente recurso *“...no se trata de un supuesto de silencio administrativo y plazo previsto en el art. 46.1 que es a lo que se refiere la STC 52/2014...”.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 52/2014 de 10 de abril, no se está refiriendo al supuesto de acceso a la jurisdicción en los supuestos de inactividad administrativa prevista en el art. 29 de la LJCA; sino que lo que analiza, en esa cuestión de inconstitucionalidad, es si el segundo inciso del art. 46.1 LCA vulnera el art. 24.1 CE pero refiriéndose únicamente al supuesto de silencio administrativo. Concluyendo que *“el inciso legal cuestionado no vulnera el art. 24.1 CE”.*

- En este sentido, declarando la extemporaneidad, se había pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, en Sentencia de 22 de septiembre de 2017 nº 1737/2017 y la Sentencia de 4 de junio de 2018. Rec. 37/2017, estimando la inadmisibilidad por extemporánea del recurso para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

*“Esta Sala y sección ya ha abordado en recursos precedentes la alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo para la protección de derechos fundamentales por motivo de su extemporaneidad en supuestos análogos al que se nos presenta.*

*En la sentencia de fecha 2 de marzo de 2017 (PROV 2018, 82092) (rec. 2052/16), dijimos que: La Sala comparte el criterio de la apelante en orden a la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad.*

*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 pues el escrito se presentó el 15 de septiembre de 2015 y el plazo de interposición del recurso concluía el día 2 de octubre de 2015, siendo interpuesto el día 18 de marzo de 2016.*



....  
*Ante ello no se acudió al procedimiento ordinario previsto en el art. 29.2 LJCA (RCL 1998, 1741) 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.*

*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 “.*

- Es de resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2022 (rec. 3479/2021). En esta Sentencia el Tribunal Supremo reconoce claramente que no es aplicable a la inactividad la doctrina constitucional sobre la impugnación en vía contencioso-administrativo del silencio. Dicha sentencia afirma que no se puede extrapolar la jurisprudencia dictada en el caso de silencio a la inactividad, dado que en el caso de la inactividad ni hay obligación formal de la Administración de dictar resolución expresa, ni el ciudadano queda desprotegido en sus derechos. Así transcribimos los siguientes apartados del Fundamento de Derecho Quinto:

*“De otra parte y en relación con lo anterior, debe señalarse que la inactividad tiene un régimen de impugnación bien diferente del supuesto de la técnica del silencio, porque, conforme al mencionado precepto procesal, una vez que transcurrió el plazo de tres meses desde aquella petición, se pudo y debió interponer el recurso contencioso-administrativo y en el plazo de los dos meses que se impone en el artículo 46 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, computar desde el día final de dicho plazo, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero de dicho precepto. Y así cabe concluirlo de lo declarado en la reciente sentencia de esta Sala 1195/2021, de 1 de octubre (RJ 2021, 4831) , dictada en el recurso de casación 2374/2020 (ECLI:ES:TS:2021:3717), referido a un supuesto de inactividad y el margen de reiteración del recurso para su impugnación.*

*Y no sería oponible pretender extrapolar la doctrina constitucional sobre la impugnación en vía contencioso-administrativa a que antes se hizo referencia, a los supuestos de inactividad; en primer lugar, porque la jurisprudencia antes expuesta se refiere a la técnica del silencio, no a la inactividad; por lo que cuestionar el plazo de impugnación de la inactividad obligaría a una previa cuestión de inconstitucionalidad, dados los claros términos del artículo 46 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero es que, además y en segundo lugar, porque en el caso de la inactividad, ni hay obligación formal de la Administración de dictar resolución expresa, ni, por otra parte, el ciudadano queda desprotegido en sus derechos dado que estos ya han sido reconocidos “.*

- Por último, carecen de base jurídica los argumentos de impugnación invocados por el recurrente contra el Auto de 27/11/2023. Al margen de los argumentos demagógicos, no se puede confundir la cuestión relativa a la necesidad o no de agotar la vía administrativa previa (no planteada) con la relativa a los plazos para interponer un recurso contencioso-administrativo (cuestión debatida). Recurso que, por voluntad del recurrente, ha sido interpuesto al amparo del procedimiento especial para la protección de los derechos



fundamentales de la persona y cuyo objeto es la “inactividad administrativa”. Por tanto, estamos ante la aplicación de los plazos previstos en el art. 115.1 en relación con el art. 29.1 de la LJCA.

Así, el recurrente presentó solicitud ante este Ayuntamiento el día 8 de octubre de 2022 para que se convocara por concurso de méritos un determinado puesto (a raíz de una jubilación) e interpone este recurso contencioso-administrativo contra lo que él considera impropia una “inactividad administrativa” con fecha 25 de agosto de 2023 (Decreto de la LAJ de 21/09/2023), por lo que está más que sobrepasado el plazo previsto en el art. 115.1 LJCA.

Respecto a la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia nº 52/2014, reitero su no aplicación, por no estar ante la situación enjuiciada, que era la del silencio administrativo. Remitiéndome a los correctos argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2022 (rec. 3479/2021) donde afirma que no es aplicable a la inactividad la doctrina constitucional sobre la impugnación en vía contencioso-administrativa del silencio..

**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal informa en el sentido de remitirse a anterior informe de 24/11/23 estimando que no concurre causa de inadmisión.

En dicho informe dijo:

-En fecha 25-8-23 se presentó por ██████████ escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales frente a la inactividad del Excmo. Ayuntamiento de Málaga pues en fecha 8-10-22 el actor solicitó la provisión de Jefatura OMAC 7 al encontrarse vacante por jubilación de la persona que la ostentaba, sin que hasta la fecha el Ayuntamiento haya convocado proceso selectivo alguno, siendo el actor interesado en el citado proceso selectivo que debería convocarse para proveer dicho puesto, lo que vulnera el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la CE.

-Por el Ayuntamiento de Málaga se alega la inadmisibilidad del recurso conforme al artículo 69.e) de la LRJCA por extemporaneidad del mismo pues siendo la solicitud de fecha 8-10-22, el recurso se ha interpuesto el 25-8-23, por lo que se han rebasado los plazos previstos legalmente.

-Conferido traslado al actor sobre la cuestión planteada se opone a la pretensión de la demandada al persistir la situación de inactividad de la administración que provoca la vulneración del derecho fundamental que se alega.

-El Fiscal considera que la causa de inadmisibilidad aducida por la Administración demandada debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22-12-2021, reiterando jurisprudencia anterior, ha señalado que en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales no es preciso agotar la vía administrativa previa.

Por otra parte la STC 52/2014 al analizar la cuestión de los plazos para recurrir actos presuntos señala:

3. Igualmente conviene que recordemos la consolidada doctrina constitucional sobre el acceso a la justicia de las personas cuyos derechos e intereses legítimos se ven frustrados o perjudicados por la inactividad administrativa, elaborada a partir de la Sentencia 6/1986, de 21 de enero. Esa consolidada doctrina se ha conformado en el marco de recursos de amparo, esto es, en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que habrá supuesto la inadmisión de un recurso contencioso administrativo, bien porque los



órganos judiciales habían considerado que el acto administrativo expreso impugnado era reproducción de otro no expreso que habrá quedado consentido y firme por no haber sido impugnado en el plazo establecido en el precepto legal objeto de la presente cuestión (o en su antecedente inmediato de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956), bien porque estimaron que la impugnación del acto administrativo se produjo extemporaneamente al sobrepasarse el indicado plazo.

Esa jurisprudencia viene insistiendo en que el silencio administrativo de carácter negativo es «una ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración» (SSTC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3; 204/1987, de 21 de diciembre; 63/1995, de 3 de abril; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 5; 14/2006, de 16 de enero; 39/2006, de 13 de febrero; 175/2006, de 5 de junio; 186/2006, de 19 de junio; 27/2007, de 12 de febrero; 32/2007, de 12 de febrero; 40/2007, de 26 de febrero; 64/2007, de 27 de marzo; 239/2007, de 10 de diciembre; 3/2008, de 21 de enero; 72/2008, de 23 de junio; 106/2008, de 15 de septiembre; 117/2008, de 13 de octubre; 175/2008, de 22 de diciembre; 59/2009, de 9 de marzo; 149/2009, de 17 de junio; 207/2009, de 25 de noviembre; o 37/2012, de 19 de marzo, FJ 10, entre otras).

En todas esas Sentencias hemos reiterado que «ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración». Por eso hemos dicho también que la «Ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y si a la Administración a resolver, de forma expresa», la solicitud o el recuse presentado por aquel. «Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración» (STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6, en un razonamiento reafirmado luego en incontables supuestos). Es decisiva la apreciación de que «la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber este que entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE» (SSTC 86/1998, de 21 de abril, FJ 5; 71/2001, de 26 de marzo, FJ 4, y 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6).

Por todo lo expuesto, incumpliendo la administración la obligación de resolver expresamente sobre la solicitud formulada por el actor y siguiéndose el cauce del procedimiento especial para la protección de las derechos fundamentales, en la medida en que persiste la situación que según el actor produce la vulneración del derecho fundamental invocado, debe desestimarse la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada sobre extemporaneidad del recuse.

**QUINTO.-** El auto apelado fundamenta la inadmisión del recurso diciendo:

“...1. Tanto la parte recurrente como el fiscal se refieren a la STC 52/2014. Además, dice el fiscal, no es preciso agotar la vía administrativa previa cuando nos encontramos ante el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona.

2. Las razones aducidas por la parte y por el fiscal no se comparte, debiendo declararse la inadmisión reclamada por el Ayuntamiento de Málaga por las razones que



aduce y que se comparten.

*En primer lugar y frente a al alegato de no ser preciso agotar la vía administrativa en el ámbito de este procedimiento especial, aun siendo ello cierto, nada tiene que ver con el supuesto, pues no se discute que la vía administrativa esté agotada tras la falta de respuesta por la Administración y que pueda accederse a la vía judicial. No debe confundirse el agotamiento de la vía administrativa (si cabe alzada, no está agotada, conforme al art. 114.1 Ley 39/15) con la circunstancia de que quepa acudir al procedimiento especial sin estar agotada la vía administrativa. Aquí no se discute la cuestión en términos de agotamiento de la vía administrativa (que está agotada) sino en términos de qué plazo considerar para interponer recurso c-a cuando la Administración no contesta en escrito reclamando el cumplimiento de una obligación por la vía del 29.2 LJCA.*

3. *El art. 29.1 LJCA dispone que transcurridos tres meses desde que se reclamó a la Administración el cumplimiento de su obligación, puede interponerse recurso c-a frente a la inactividad, completando la previsión el art. 46.2 fijando un plazo de dos meses para interponer el recurso c-a a partir del día siguiente al vencimiento del plazo fijado en el art. 29.1, esto es, tres meses a contar desde la reclamación. No obstante, y conforme al art. 115.1 LJCA, el plazo para interponer el recurso c-a es de diez días a partir de transcurridos veinte desde la fecha de la reclamación. Por tanto, asiste la razón a la Administración cuando defiende la interposición extemporánea, pues el plazo de interposición venció el día 22-11-2022, claramente sobrepasado cuando realmente se interpone el 25-8-2023.*

*En relación con el argumento que supone la cita de la STC 52/2014, recordemos que la STS, 3ª, Secc. 5ª, de 25-6-2020 (rec. 239/2019) se refiere a la falta de respuesta en los supuestos en que se reclama a la Administración actuar al amparo del art. 29.1 LJCA, y lo hace remitiéndose a la doctrina ya fijada por el propio TS en sentencias que cita y cuyo contenido reitera (no se trata de un supuesto de silencio administrativo y plazo previsto en el art. 46.1, que es a lo que se refiere la STC 52/2014, conforme aclara el TS, que distingue entre silencio, ficción desestimatoria, e inactividad).*

*La doctrina que fijó el TS fue la siguiente:*

*Mientras persista la situación de inactividad administrativa que habilita para el ejercicio del recurso contencioso administrativo por inactividad, al amparo del artículo 29.1 LJCA, con posterioridad al obligado requerimiento previo a la Administración para que atienda al cumplimiento de su obligación, cabe efectuar un nuevo requerimiento contra la misma inactividad, en tanto que no existe precepto legal alguno que lo impide; con el consiguiente reinicio del cómputo de los plazos procesales previstos para el ejercicio de dicho recurso, y habilitando así la posibilidad de interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra dicha inactividad.*

*Así, no contestado el requerimiento para actuar conforme al art. 29.1, ha de respetarse el plazo del art. 46.2 y, de no hacerse, procederá la inadmisión, sin perjuicio de que mientras no conteste la Administración puedan plantearse nuevos requerimientos para actuar (porque persiste la situación de inactividad) y abrirse de nuevo la posibilidad de impugnación jurisdiccional sin sujeción al plazo del art. 46.2, nada de lo cual ha acontecido en el presente caso, donde no constan posteriores requerimientos al único de 8-10-2022, deviniendo el recurso inadmisibles conforme al art. 69 e) LJCA por no haberse respetado el plazo de interposición al no constar requerimientos posteriores al de 8-10-2022.*

*4. Las costas de imponen a la parte recurrente.”.*

**SEXTO.-** El plazo para interponer el recurso especial de protección de los derechos





fundamentales se regula en el artículo 115.1 de la LJCA, que fija en diez días, mientras que en el proceso ordinario ese plazo es de dos o de seis meses (según que, respectivamente, el acto que ponga fin a la vía administrativa sea expreso o presunto), aunque con la excepción del que debe observarse en caso de vía de hecho, que se fija en diez o en veinte días (según se haya formulado o no requerimiento previo a la Administración) (artículo 46.1 y 3 LJCA).

En los supuestos de inactividad administrativa, el *dies a quo* para la interposición del recurso contencioso-administrativo será el vigésimo día desde que se hubiere reclamado frente a la inactividad. Aquí se exceptiona, por consiguiente, la regla general del artículo 29 de la misma LJCA, que fija ese *dies a quo* en el proceso contencioso ordinario una vez transcurridos tres meses desde la fecha de la reclamación.

Corroborando la STS citada en el auto apelado y base de lo que dispone, sobre la diferencia y diverso tratamiento de la inactividad y del silencio administrativo o acto presunto, la STS núm. 1195/2021 de 1 octubre, Recurso de Casación núm. 2374/2020, dice:

“..... IV. *Consideraciones complementarias.*

*En nuestra STS nº. 1.080/2018, de 26 de junio (RJ 2018, 3715), tuvimos ocasión de establecer doctrina en relación con el artículo 29.1 LJCA, referido a los supuestos de inactividad de la Administración y lo hicimos en los siguientes términos:*

*"SEXTO.- (...) Existe consiguientemente un incumplimiento previo por parte la Administración de atender las obligaciones que le incumben, en este caso, cuando menos, de su obligación de actuar, esto es, de realizar una "actuación debida" a resultas del sistema de actuación urbanística previsto (sistema de cooperación), consistente en la realización de las obras de urbanización correspondientes.*

*Pues bien, hemos de entender que, mientras persista esta situación, y siga la Administración por tanto sin atender al cumplimiento de una obligación de hacer legalmente exigible que le compromete a la realización de una determinada conducta material (prestación), no puede beneficiarse de su propio incumplimiento ("allegans propriam turiptudinem non auditur") y, por eso, los sujetos que se ven abocados a soportarlo y que padecen sus consecuencias mantienen abierta la vía prevista en el artículo 29.1 LJCA -de reunir asimismo, desde luego, los requisitos legalmente establecidos mal efecto- para reaccionar y poner fin a la inactividad mediante la obtención del correspondiente pronunciamiento de condena en sede jurisdiccional ( artículo 71 LJCA).*

*De otro modo se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución en la medida en que este precepto garantiza la efectividad de aquel derecho, de modo particularmente intenso en lo que constituye su núcleo primario y más esencial -esto es, en su vertiente de "derecho de acceso a la jurisdicción"- y proscribiera consecuentemente una interpretación de las causas de inadmisibilidad que responda a un rigorismo o a un formalismo excesivo que se sitúe en clara desproporción con los intereses que se sacrifican.*

*No está previsto en la Ley Jurisdiccional el efecto preclusivo de la acción que se pretende deducir de la falta de interposición de un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a partir del trascurso del tiempo del que la Administración dispone para dar respuesta al obligado requerimiento previo en vía administrativa. Y sin opción alguna para formular un nuevo requerimiento para poner remedio a una misma situación de inactividad administrativa que viene a persistir en el tiempo; con el consiguiente reinicio del cómputo del plazo.*

*Y a falta de contemplación legal de una medida de esta índole -que, todo lo más y a lo sumo,*



solo podría venir de la mano del legislador y, ello, sin descartar que del indicado modo podría atentarse contra el contenido esencial del derecho concernido ( artículo 53.2 de la Constitución)-, no cabe introducir restricciones al ejercicio de un derecho fundamental que, por el contrario, hay que interpretar en el sentido más favorable para su efectividad.

*SÉPTIMO.- Así, pues, hemos de dar respuesta a la cuestión de interés casacional suscitada en el caso afirmando que, mientras persista la situación de inactividad administrativa que habilita para el ejercicio del recurso contencioso administrativo por inactividad, al amparo del artículo 29.1 LJCA, con posterioridad al obligado requerimiento previo a la Administración para que atienda al cumplimiento de su obligación, cabe efectuar un nuevo requerimiento contra la misma inactividad, en tanto que no existe precepto legal alguno que lo impide; con el consiguiente reinicio del cómputo de los plazos procesales previstos para el ejercicio de dicho recurso, y habilitando así la posibilidad de interposición de un nuevo recurso contencioso-administrativo contra dicha inactividad.*

*(...)"*

*Esta doctrina ha sido reiterada después en las SSTs n° 139/2020 (de 5 de febrero de 2020 (RJ 2020, 353) ), n° 573/2020 (de 28 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1264) ) y n° 877/2020 (de 25 de junio de 2020 (RJ 2020, 2643) ).*

*La doctrina expuesta estaba referida, como hemos dicho, a los supuestos de inactividad de la Administración contemplados en el artículo 29.1 LJCA y no a los de vías de hecho, previstos y regulados en el artículo 30 LJCA.*

*La ley jurisdiccional regula ambos supuestos en el mismo capítulo (el Capítulo I del Título III) bajo la rúbrica " Actividad administrativa impugnabile ", aunque lo hace de diferente manera, estableciendo procedimientos distintos en uno y otro caso.*

*Ahora bien, ello no impide constatar que en ambos supuestos estamos ante mecanismos procedimentales articulados por el legislador en beneficio de los respectivos interesados que se ven afectados por una situación anómala creada por la Administración, ya sea por su inactividad o, en su caso, por haber incurrido aparentemente en una vía de hecho.*

*En consecuencia, entendemos que la doctrina sentada en la citada STS n° 1.080/2018 es trasladable, en lo sustancial, al presente caso, lo que nos reafirma en la interpretación que hemos expuesto en relación con el artículo 30 LJCA.*

*Esta interpretación no se contradice, en modo alguno, con la realizada en la STS de 8 de julio de 2015 (RC 3084/2013), dado que ésta no se pronuncia sobre la cuestión debatida en el recurso que ahora examinamos.*

*V. Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional suscitada.*

*En atención a las consideraciones expuestas, debemos dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en los siguientes términos: ante una actuación de la Administración aparentemente realizada en vía de hecho, consistente en la ocupación ilegal de una propiedad privada, el interesado podrá reiterar sus requerimientos de cese en dicha ocupación mientras ésta persista, con la consecuencia de que, con cada requerimiento inatendido por la Administración, se abrirá una nueva posibilidad de interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo, comenzando a computarse de nuevo el plazo para ello..."*

Por tanto el recurso de apelación debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.-** La desestimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas a la parte apelante, (art. 139.2 Ley 29/98)



## FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

**PRIMERO.-** Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de nombre de [REDACTED] contra el auto nº 234/2023, de 27 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de MÁLAGA, en los autos Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona nº 279/2023.

**SEGUNDO.-** Imponer el pago de las costas esta segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, 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.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



