



Roj: **STSJ M 6317/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:6317**

Id Cendoj: **28079330022024100256**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **24/05/2024**

Nº de Recurso: **351/2024**

Nº de Resolución: **259/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL RUIZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2023/0054633

RECURSO DE APELACIÓN Nº 351/2024

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SENTENCIA NÚMERO: 259/2024

Ilustrísimos señores e Ilustrísima señora:

Presidente:

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. José Manuel Ruiz Fernández

D^a. María de la Soledad Gamero Serrano

En la villa de Madrid, a 24 de mayo de 2024

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, los autos de recurso de apelación nº **351/2024**, interpuesto por el procurador D. Fernando Anaya García, en representación de Dña. Dña. Elisenda , contra la sentencia nº 411/2023, de 11 de diciembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictada en su Procedimiento Especial para la protección de los Derechos Fundamentales nº 564/2023, habiendo sido parte apelada el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Fuenlabrada, representado y defendido por el letrado del Ayuntamiento de Fuenlabrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, se dictó sentencia nº 411/2023, de 11 de diciembre de 2023, que acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, por la representación procesal de



Dña. Elisenda contra la Resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 26 de septiembre de 2023, por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente al Acuerdo del Pleno Municipal, de fecha 28 de junio de 2023, por el que se denegó la solicitud deducida por Dña. Elisenda para fijar la fecha de los Plenos ordinarios del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, y su periodicidad en la legislatura 2023-2027.

Segundo. - Contra la mencionada resolución judicial, por el procurador D. Fernando Anaya García, en representación de Dña. Elisenda, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación con base en las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

Tercero.- El Ministerio Fiscal y la representación procesal del Ayuntamiento de Fuenlabrada formularon oposición al recurso de apelación, interesando su desestimación por las razones vertidas en sus respectivos escritos, que se tienen igualmente por reproducidas.

Cuarto. - Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión del escrito de recurso de apelación, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes apelante y apeladas en legal forma, se dictó providencia por la que se señaló fecha para deliberación y fallo, lo que se llevó a efecto el 16 de mayo de 2024.

Quinto. - Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Ruiz Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso de apelación se dirige por Dña. Elisenda, representada por el procurador D. Fernando Anaya García, contra la sentencia nº 411/2023, de 11 de diciembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictada en su Procedimiento Especial para la protección de los Derechos Fundamentales nº 564/2023, que acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada representación procesal contra la Resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 26 de septiembre de 2023, por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente al Acuerdo del Pleno Municipal, de fecha 28 de junio de 2023, por el que se denegó la solicitud deducida por Dña. Elisenda para fijar la fecha de los Plenos ordinarios del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, y su periodicidad en la legislatura 2023-2027.

La sentencia apelada considera que los actos recurridos no vulneran los artículos 14 y 23 de la Constitución española (CE) invocados por la recurrente. El Acuerdo impugnado se adoptó por el Pleno en ejercicio de sus competencias y conforme a lo dispuestos en los artículos 46 de la ley 7/1985, reguladora de las bases del Régimen Local; 38 y 78 del RD 2568/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales. Cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) que declara que el derecho reconocido en el art. 23 de la CE es un derecho de configuración legal y concluye que el hecho de la que la recurrente ostente dos cargos representativos de forma voluntaria no puede obligar a la administración demandada en cuanto a la fijación del calendario de sesiones ordinarias plenarias, sin que ello afecte al derecho fundamental a la participación política. El art. 23 CE no exige que los mecanismos de control tengan éxito o el resultado deseado por quienes lo ejercen, sino que se permita ejercer esos mecanismos. Añade que no se justifica que el Acuerdo de haya adoptado con discriminación hacia el cargo que la recurrente ocupa.

La parte apelante dice que las sesiones plenarias ordinarias en el Ayuntamiento de Fuenlabrada no están prefijadas en el artículo 100.1 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Fuenlabrada, siendo posible legalmente establecer cualquier fecha al mes por parte del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada. Por ello solicitó que la fijación de los plenos ordinarios del Ayuntamiento se produjera en un día que no coincidiera con los 3 primeros jueves del mes, por coincidir con las sesiones plenarias de la Asamblea de Madrid en la que es Diputada. El principal argumento de desestimación de la solicitud de la apelante lo representa una costumbre iniciada en la legislatura 2007-2011, y en una supuesta coordinación de agendas de concejales, que no se procuró como consta en el expediente, y por tanto sin vulnerarse el derecho de ningún representante público, excepto el de la apelante. Alega que el derecho de asistir a las sesiones plenarias ordinarias, está integrada en el núcleo de su función representativa, y por tanto amparada por el derecho de fundamental de participación política. Con base en todo ello, alega:

-Que no se ha aplicado la jurisprudencia del TC contenida en la sentencia nº 169/2009. La sentencia apelada ha omitido efectuar el análisis al que obliga el TC en su sentencia, consistente en analizar si la decisión ha menoscabado los derechos a ejercer las funciones de representación inherentes a su cargo o, dicho en otros términos, si las limitaciones o restricciones que se derivan del referido Acuerdo inciden en el núcleo



de su función representativa, ya que sólo en este caso podría apreciarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados. La sentencia no realiza apreciación alguna sobre la incompatibilidad de asistencia a plenos, y sus consecuencias para la apelante y si las mismas están abarcadas o no en el núcleo representativo. La STC 169/2009 consideró para el caso que analizaba que en el momento que los diputados no pueden votar en comisiones se está vulnerando el núcleo de representación política y la LBRL no puede estar por encima de ese derecho, por lo que la discrecionalidad del alcalde o la tradición en cuanto a la fecha de celebración de los Plenos no puede estar por encima del derecho fundamental invocado. La sentencia de instancia reduce el señalamiento de los plenos a mera "coordinación de agendas", cuando lo que se está dilucidando es la posible no participación en los plenos. La sentencia de instancia no sólo puede analizar la legitimidad del pleno, sino el motivo de la resolución. Dentro de la discrecionalidad, y dejando a un lado el motivo forzado e injustificado de la costumbre, la coordinación con los concejales para su participación es el listón que debe marcar la decisión definitiva; y, siendo así, la apelante es la única concejal que manifiesta una incompatibilidad. Teniendo el resto de días del mes para seleccionar el día, la administración, con una evidente mala fe, mantiene la fecha a sabiendas de sus consecuencias. El propio Juzgado de lo Contencioso nº 30, establece como fin primordial de la selección de la fecha, la que la misma permita a todos los miembros de las corporaciones locales realizar el ejercicio de control y fiscalización; y, pese a esa conclusión, se omite posteriormente que en el expediente administrativo sólo exista una petición de compatibilidad de fechas de celebración de plenos, la que pidió la apelante y, aun así, se aprecie como legítima la decisión final de la administración local, que finalmente seleccionó la fecha, entre todas las posibles, que es incompatible para el ejercicio de la legítima representación que ostenta la apelante en la Asamblea y en el Ayuntamiento de Fuenlabrada. La Constitución impone un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

-El criterio de la sentencia apelada establece un precedente que califica de "peligroso" para el ejercicio democrático del derecho a la representación, toda vez que al amparo de la discrecionalidad administrativa, se podrían fijar las fechas de los Plenos por la mayoría, con intención de desactivar los derechos de voto, deliberación y debate de los concejales de la oposición, cuando éstos ostenten otro cargo de representación compatible, como es el caso que nos ocupa. En el caso que nos ocupa no hay un estudio de las compatibilidades de los concejales, como se aprecia en el expediente; el único caso que se solicita compatibilidad es desoído, y finalmente se aplica una supuesta costumbre para fijar una fecha de plenos que va a propiciar que uno de los concejales no pueda votar ni debatir en los plenos, con las consecuencias de representatividad que esto conlleva, toda vez que sin posibilidad de delegar el voto, ni la posición en el pleno. La resolución se realiza con evidente mala fe, no hay esfuerzo alguno por el Alcalde, en la propuesta que finalmente realiza, de facilitar la asistencia de los representantes públicos al Pleno; y la costumbre no puede servir para otorgar de legitimidad a una actuación de mala fe, teniendo en cuenta que se podría fijar la fecha del Pleno en una fecha alternativa. Por todo ello, considera que se vulneran los artículos 23 y 14 de la Constitución.

Por todo ello solicita la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y el dictado de nueva sentencia que, dejando sin efecto la Resolución dictada por el pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada el día 26 de septiembre de 2023, por la que se denegó el Recurso y por tanto la solicitud de mi representada de fijar la fecha de Plenos Ordinarios de forma compatible con el derecho a la participación política de la apelante, en su condición de Concejal del Consistorio y Diputada de la Asamblea de Madrid, para lo cual se realice una nueva propuesta al Pleno del Excmo. del Ayuntamiento de Fuenlabrada para señalar una nueva fecha de celebración de Plenos bajo estos términos de compatibilidad.

El Ministerio Fiscal emite informe oponiéndose al recurso de apelación. El derecho reconocido en el art. 23 de la CE es un derecho de configuración legal. Queda acreditado que la decisión relativa a la celebración de los Plenos, se tomó por mayoría absoluta con 24 votos a favor y 3 votos en contra, por lo que la misma es ajustada a derecho. No puede decirse que vulnera el derecho reconocido en el art. 23 de la C.E, pues el alcalde hace uso de una de las funciones que tiene encomendadas. El art. 23 no exige que los mecanismos de control tengan éxito o el resultado deseado por quienes lo ejercen, sino que se permita ejercer esos mecanismos y ello se ha cumplido por el Ayuntamiento demandado, habiéndose acordado las celebraciones de los Plenos como resultado de la votación efectuada para ello y de conformidad, como ya se ha expuesto, con la normativa aplicable al caso.

La administración apelada se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación. Alega que:

-El Acuerdo sobre el que versa el presente procedimiento, por el que se determina que la celebración de las sesiones ordinarias plenarias del Ayuntamiento de Fuenlabrada, se adoptó conforme a la legislación aplicable por la normativa de régimen local, así como por el artículo 100.1 del Reglamento orgánico municipal.

-El derecho reconocido en el art. 23.2 de la CE es un derecho de configuración legal y así lo recoge una Jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional a partir de la STC 169/2009. Recuerda que la



determinación del régimen de sesiones del Pleno se regula en los arts. 78.1 RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en adelante ROF, y 47.1 RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, TRRL. El municipio goza tanto de autonomía para la gestión de sus intereses (arts. 137 y 140 CE), como de potestad de autoorganización (art. 4.1.a) LRRL). Esta autonomía no tendría sentido alguno si los órganos representativos de la entidad local no tuvieran las potestades necesarias para su ejercicio (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre; 170/1989, de 19 de octubre; 148/1991, de 4 de julio; 46/1992, de 2 de abril).

-El legislador deja absoluta libertad a cada Corporación para que organice a su manera el régimen de sesiones, no existiendo precepto legal o reglamentario en el ordenamiento jurídico que establezca la necesidad de coordinación o supeditación del régimen de sesiones ordinarias del órgano plenario municipal al de otros órganos representativos de carácter autonómico o estatal atendiendo a los diferentes cargos públicos que ejerzan sus miembros y que de conformidad con la legislación electoral aplicable resulten compatibles. Por ello, concluye muy acertadamente la juzgadora "a quo" que "tal acto se celebró y acordó conforme a la legislación aplicable, sin que pueda entenderse vulnerado el derecho de participación política de la parte demandante por el hecho de que esta ostente dos cargos, que ejerce y compatibiliza de manera voluntaria, y sin que, de contrario, disposición normativa alguna obligue a la Administración demandada a coordinar las agendas de los representantes políticos municipales, en orden a fijar las sesiones ordinarias plenarias."

-Del expediente administrativo queda acreditado que la decisión relativa a la celebración de sesión de los Plenos ordinarios se adoptó por mayoría absoluta con 24 votos a favor y 3 votos en contra, respetándose en todo momento lo señalado por la normativa de régimen local y por tanto siendo la misma ajustada a Derecho. Ello desde luego no puede decirse que vulnere el derecho reconocido en el art. 23 de la C.E, pues el Pleno hace uso de una de las funciones que tiene encomendadas.

-Nos encontramos en el ámbito del ejercicio de una potestad discrecional por la que el órgano municipal ostenta libertad para adoptar una decisión entre varias posibles todas ellas válidas y legítimas; adoptada según costumbre con el voto favorable de 23 de los 27 concejales que componen la Corporación, por lo que contó con el consenso de una amplia mayoría.

-No debemos obviar que la libre formación de la voluntad de los concejales, que emiten su voto conforme a la legalidad expuesta, no puede verse alterada por los intereses particulares de uno de los miembros del pleno. El hecho de que un concejal tenga unas necesidades profesionales concretas, y desde este punto de vista tan importantes son las funciones públicas como las privadas o familiares, no puede ni debe condicionar al resto de los miembros del pleno a la hora de establecer el régimen de sesiones ordinarias del órgano.

-La recurrente para la defensa de su derecho de representación política, dirige su exigencia de compatibilidad, única y exclusivamente contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada, cuando bien podría haber reclamado también a la Asamblea de la Comunidad de Madrid en aras a obtener una posible solución al conflicto.

Solicita que se dicte sentencia por la que desestime el recurso e imponga las costas al apelante.

SEGUNDO: La cuestión de hecho que llega hasta el presente recurso de apelación se puede explicar de forma muy sencilla: la apelante concurrió a las elecciones municipales en el municipio de Fuenlabrada y a las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid de mayo de 2023, en la lista electoral del partido político VOX, resultando electa en ambas elecciones y para ambas administraciones. En el caso de la Asamblea de Madrid las sesiones plenarias ordinarias vienen fijadas y establecidas en el Reglamento de la Asamblea de Madrid, cuyo artículo 100.3, dispone: " 3. Las sesiones ordinarias del Pleno tendrán lugar en día hábil, una vez por cada semana, y se celebrarán el jueves que corresponda, si fuese día hábil o, en su defecto, el inmediato día hábil anterior o posterior al señalado, salvo que la Junta de Portavoces acuerde por unanimidad su celebración otro día hábil.". Las sesiones plenarias ordinarias en el Ayuntamiento de Fuenlabrada no están prefijadas en el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Fuenlabrada, que únicamente establece en su artículo 100.1: " Las sesiones ordinarias se celebrarán de forma periódica y preestablecida una vez al mes, salvo en el mes de agosto. El día y hora en que se tengan que celebrar las sesiones ordinarias se determinarán por el propio Ayuntamiento Pleno al comienzo del mandato".

No existiendo obstáculo normativo a establecer cualquier fecha del mes por parte del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, la apelante presentó un escrito ante Alcaldía, con fecha 13 de junio de 2023, solicitando que se fijasen los plenos cualquier día del mes, salvo los 3 primeros jueves de cada mes. El Sr. Alcalde propuso al Pleno la celebración de los Plenos mensuales el primer jueves de cada mes, por lo que coincidirían con el Pleno semanal de la Asamblea de Madrid. El día 28 de junio de 2023, se aprobó definitivamente en el Pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada, por mayoría absoluta y con el voto en contra del Grupo Municipal de VOX, que



la sesión ordinaria del Pleno Municipal se celebre el primer jueves hábil de cada mes. Interpuesto recurso potestativo de reposición, fue desestimado en sesión plenaria de fecha 26 de septiembre de 2023.

Dos son las razones que se incorporan al Acta de la sesión para justificar dicha decisión:

"- La fijación de la celebración de las sesiones ordinarias en el primer jueves hábil de cada mes resulta ser el más conveniente y favorable para posibilitar la asistencia a las sesiones ordinarias plenarias de la mayoría de los miembros de la Corporación, y está fundamentado en la costumbre de este Ayuntamiento desde la legislatura 2007-2011.

-Si bien se debe de velar por el buen funcionamiento de los órganos democráticos y procurar la asistencia de todos sus miembros, resulta difícil en la práctica hacer coincidir la agenda de los diferentes cargos públicos que ostentan los miembros de esta Corporación Local, no pudiendo prevalecer los derechos de participación política de uno de sus miembros sobre los del resto de los miembros de la Corporación".

El recurso de apelación dice en su primer motivo que la sentencia de instancia desconoce la doctrina del TC sobre el alcance de la función representativa que deriva del artículo 23.1 de la CE, ya que el derecho de asistir a las sesiones plenarias ordinarias está integrado en el núcleo de su función representativa y, por tanto, está amparada por el derecho fundamental de participación política. Critica que la sentencia recurrida adolezca de falta de análisis de la forma en la que la decisión recurrida afecta al núcleo de las funciones representativas de la actora, ya que hace incompatible su asistencia a ambos Plenos, de modo que si está ejerciendo el voto y representación en un Pleno no puede estar en el otro.

Este primer motivo de impugnación cuestiona el acierto de la sentencia apelada, pero no es suficiente para resolver la cuestión en su totalidad. Como reconoce la propia apelante, la administración apelada no discute ni la incompatibilidad física para asistir a ambos Plenos, ni la existencia y alcance de ese derecho de la recurrente. Lo que aquí se discute es si ese derecho se puede hacer compatible con idéntico derecho de los demás miembros de la corporación que son también titulares del mismo y si está debidamente justificada la decisión impugnada, en la medida en la que restringe la posibilidad de participación de la apelante en las sesiones plenarias municipales, al coincidir las mismas con las que se desarrollan en la Asamblea de Madrid, en la que también es diputada. En este último sentido, sí se aprecia que la sentencia de instancia no da adecuada respuesta a este tema nuclear del debate. Efectivamente, la sentencia de instancia basa su rechazo a las pretensiones actoras y extrae a conclusión de la conformidad a derecho de la decisión del Pleno, por dos razones:

-Porque "...tal acto se celebró y acordó conforme a la legislación aplicable, sin que pueda entenderse vulnerado el derecho de participación política de la parte demandante por el hecho de que esta ostente dos cargos, que ejerce y compatibiliza de manera voluntaria"

-Porque no existe "... disposición normativa alguna obligue a la Administración demandada a coordinar las agendas de los representantes políticos municipales, en orden a fijar las sesiones ordinarias plenarias".

Ambas razones que se esgrimen por la sentencia para no entender vulnerado el derecho fundamental a la participación política invocado son insuficientes para sustentar la desestimación del recurso. La parte recurrente, hoy apelante, no cuestiona que el acuerdo se adoptara en legal forma, ni en cuanto a la convocatoria, ni en cuanto al resultado de la votación, que fue favorable al Acuerdo por mayoría absoluta. De la misma manera que la adopción del acuerdo en legal forma no se cuestiona, tampoco es un argumento aceptable para rechazar la posibilidad de ejercitar con toda la amplitud posible ambos mandatos representativos el que la recurrente haya accedido "voluntariamente" a presentarse a los mismos, es decir, que haya ejercido con toda normalidad un derecho fundamental que le reconoce la Constitución española. Finalmente, tampoco sostiene la apelante que exista una norma que imponga la coordinación de las agendas de los representantes. Lo que plantea precisamente es lo contrario: que no existe una norma que fije unas determinadas fechas a la celebración de los Plenos municipales, como sí sucede con la Asamblea de Madrid. La apelante aduce que, precisamente porque el artículo 78 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y el artículo 100 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Fuenlabrada permiten que las fechas se fijen discrecionalmente por el propio Pleno al inicio de su mandato, la decisión adoptada restringe injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental a la participación política de la apelante, ya que se podían haber fijado otras fechas alternativas que sí lo permitieran.

La sentencia de instancia concluye que "... el Acto impugnado se adoptó conforme a derecho, en cumplimiento de la normativa vigente por el órgano municipal competente en el ejercicio de su potestad discrecional de fijación de la periodicidad de las sesiones ordinarias de ese Órgano". Sin embargo, tal conclusión no es acertada, porque el hecho de que una norma permita que por un órgano de una administración pública se adopte una



decisión discrecional no significa que el acto adoptado sea "per se" ajustado a Derecho. La obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos lleva a una conclusión bien diferente. El Tribunal Supremo tiene declarado que la Administración no puede limitarse a invocar genéricamente una potestad discrecional para justificar su criterio, sino que debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, determinan que la decisión debe inclinarse en el sentido por ella elegido (cfr. STS Sala Tercera, de 8 de noviembre de 1986). El mero carácter discrecional de la potestad conferida a la Administración no significa que ésta pueda adoptar cualquier decisión y que esta decisión ya se encuentre legitimada por el mero hecho de ser fruto de una potestad discrecional. Por tanto, una función esencial de los tribunales de justicia en esta jurisdicción contencioso-administrativa es controlar la adecuación a derecho de multitud de decisiones adoptadas por una administración pública en el ejercicio de una potestad discrecional a fin de comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, mediante las técnicas de control propias del derecho administrativo: la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho.

Sentado, pues, que el primer motivo de apelación tiene razón en su crítica a la insuficiencia de los argumentos que maneja la sentencia de instancia para rechazar que se haya producido la vulneración del derecho fundamental invocado, hemos de analizar a continuación si los restantes argumentos del recurso de apelación pueden, además, dar lugar a estimar sus pretensiones de que se declare vulnerado tal derecho fundamental a la participación política del artículo 23.1 de la CE que trae a esta segunda instancia.

TERCERO: El segundo motivo de apelación critica que la sentencia apelada no analiza la motivación que ofrece el acto impugnado y que la misma es inadecuada para justificar que se impida la compatibilidad en el ejercicio de las funciones representativas que se reclama.

Sobre esta cuestión, esencial para la decisión de la "litis", el criterio jurídico que debe aplicarse al caso está indicado, certera aunque paradójicamente, en la propia sentencia apelada, cuando, con cita de la STC nº 169/2009, transcribe: "*... para apreciar la existencia de una vulneración del derecho de representación que corresponde a los representantes políticos (ART. 23 CE), es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten de aplicación, siendo la periodicidad preestablecida de las sesiones ordinarias del Pleno, que fijan los miembros que lo constituyen, una garantía para el ejercicio de la función de control y fiscalización de todos los miembros de las corporaciones locales*". Sin embargo, tras citar adecuadamente este criterio de enjuiciamiento, tal como ya hemos visto, la sentencia no realiza el pertinente examen acerca de si la motivación del acto puede o no amparar jurídicamente la restricción del derecho fundamental que, de forma no controvertida, se desprende materialmente de la decisión adoptada.

Efectivamente, esto es lo que hay que decidir en este caso y lo que pone sobre la mesa la recurrente/apelante: si la decisión recurrida incorpora, no una restricción, sino una restricción que resulte ilegítima, del derecho fundamental del artículo 23.1 de la CE de la actora. No discutido que la decisión recurrida impide a la misma acudir a determinadas sesiones de uno de los dos Plenos, autonómico y municipal, a los que tiene derecho a asistir y participar, se trata de dilucidar si es una decisión "ilegítima", porque carecía de justificación, porque existían otras alternativas plausibles y porque, a causa de todo ello, vulneraba injustificadamente el derecho fundamental.

La decisión pasa por analizar uno de los elementos que permite el control del acto discrecional sometido a enjuiciamiento: la motivación. Esa motivación se ancla, según el Acta del Pleno, en estas razones, que ya hemos expuesto "supra":

-La celebración de las sesiones ordinarias en el primer jueves hábil de cada mes está fundamentada en la costumbre del Ayuntamiento desde la legislatura 2007-2011, que se entiende necesario mantener por entenderse que ello es lo más conveniente y favorable para posibilitar la asistencia a las sesiones ordinarias plenarias de la mayoría de los miembros de la Corporación.

-Si bien se debe de velar por el buen funcionamiento de los órganos democráticos y procurar la asistencia de todos sus miembros, resulta difícil en la práctica hacer coincidir la agenda de los diferentes cargos públicos que ostentan los miembros de esta Corporación Local, no pudiendo prevalecer los derechos de participación política de uno de sus miembros sobre los del resto de los miembros de la Corporación".

En lo primero en lo que debe repararse es que la propia motivación reconoce cuál es el principio que debería guiar la misma: velar por el buen funcionamiento de los órganos democráticos y procurar la asistencia de todos sus miembros. Éste debe ser la guía y el norte de la decisión a adoptar, con especial recordatorio de que estamos ante el compromiso de un derecho fundamental esencial en el Estado democrático. En consecuencia, la motivación que incorpora el acto recurrido será perfectamente aceptable para fundamentar la denegación



de la petición de la actora/apelante si su pretensión y su resultado es, "de facto", facilitar la asistencia a los plenos de todos sus miembros, representantes de los electores democráticamente elegidos por los mismos; y resultará contraria a derecho si su propósito y efecto es el contrario.

En el caso de autos, nos encontramos ante una miembro electa del pleno municipal que justifica debidamente (esto no se discute de contrario) que, de señalarse el pleno mensual en uno de los primeros tres jueves de mes, se va a producir una coincidencia en las fechas de los plenos del órgano parlamentario autonómico del que forma parte, que le impedirá la asistencia a uno de ellos; y que por ello solicitó formalmente, en el ejercicio de la potestad discrecional que atribuyen los artículos 78 del Real Decreto 2568/1986 y 100 del Reglamento; y de la potestad de auto-organización que atribuye el art. 4.1.a) LRBRL, que se fijasen los plenos cualquier día del mes, salvo los 3 primeros jueves de cada mes. El pleno, se encuentra, pues, ante una dificultad expresada (y justificada) por uno de sus miembros para asistir a sus sesiones.

Ante esta tesitura, la respuesta más conforme a la máxima efectividad del derecho fundamental del artículo 23.1 sería la que mejor satisfaga el derecho de la solicitante y de todos los demás miembros de asistir a sus sesiones. De ello se sigue que, si se constata que señalar las sesiones fuera de esos tres primeros jueves de mes, como pretende, impide a otros concejales asistir a las sesiones del Pleno, debía rechazarse la petición. Con mayor motivo aún si la "tradición" de señalar los jueves amparaba o explicaba esa dificultad de otros miembros del Pleno para asistir en otros días. Por eso, la motivación del Acuerdo sería perfectamente aceptable, aunque la misma impida a la actora asistir a las sesiones, si obedece al hecho de que aceptar su propuesta impediría la asistencia de otro u otros concejales y se concluye que lo más aconsejable es mantener la costumbre observada hasta el momento.

Por el contrario, si señalar las sesiones del Pleno fuera de esos tres primeros jueves de mes, como pretende la apelante, no impidiera a otros concejales asistir a las sesiones del Pleno, era obligado que se aceptase su petición y que el Pleno, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, fijase cualesquiera otros días, a excepción de esos tres jueves de mes. La "tradición" de señalar los jueves no puede amparar por sí sola la decisión en este segundo caso y la motivación del Acuerdo ya no sería perfectamente aceptable. Ello exige una mínima actividad de comprobación o consulta con los restantes concejales, o con los mismos a través de sus grupos, de la posibilidad de acceder a la petición, para constatar si se alega una imposibilidad concreta de alguno o algunos de ellos para que se otorgue la misma por causas de similar entidad y relevancia pública que las que invoca la apelante.

En el caso que nos ocupa, lo primero que se echa en falta en el expediente administrativo y, correlativamente, en la motivación del Acuerdo impugnado, es precisamente una comprobación y un análisis de las consecuencias que para la asistencia a los Plenos de la interesada y de los demás concejales, tendría estimar su petición. No hay un estudio de la compatibilidad de los concejales, como se aprecia en el expediente. No consta que se haya consultado a los mismos la petición de la recurrente, ni que los mismos, antes del pleno o en el mismo Pleno, se hayan manifestado sobre la posibilidad de fijar los plenos en días distintos de los tres primeros jueves de cada mes, en otra fecha que a ninguno de ellos le cause impedimento dicha petición. Bastaba con que no se manifestase traba a que se pudiera celebrar el pleno mensual, sin dificultad de los restantes, el último jueves de cada mes o en cualquier otro día del mes, menos esos tres jueves iniciales. Sin embargo, la citada petición se resuelve de plano mediante la invocación de la costumbre para fijar la fecha de plenos en jueves. Una costumbre que, sin duda, podría ser válidamente invocada si se tratase de una petición basada en motivos puramente personales y particulares de la concejal; o si se hubiera detectado la existencia de verdadera conflictividad por el cambio de fecha derivada de problemas de asistencia de otros concejales; pero que no es aceptable como único argumento para justificar una decisión que conlleva que uno de esos concejales no pueda participar, ni votar, ni debatir en los plenos, con la afectación a la representatividad democrática que esto conlleva, sin que ni siquiera le quepa la posibilidad de delegar el voto, cuando además no consta ninguna averiguación de si la petición afectaba de alguna manera la asistencia del resto de concejales.

No puede oponerse, como lo hace la administración, que la petición de modificar las fechas de los plenos obedezca a intereses puramente particulares de la solicitante. La petición está justificada (este extremo no se discute) en la coincidencia con el ejercicio de otras funciones públicas representativas en la Asamblea de Madrid; y se justifica que se dirija al municipio en lugar de a la citada Asamblea autonómica en que las fechas de los plenos en esta última, tres primeros jueves de cada mes, vienen fijadas expresamente por el Reglamento, mientras que el Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Fuenlabrada contempla la posibilidad de que el propio Pleno señale esas fechas discrecionalmente, por no mencionar que sólo se prevé la celebración de un único pleno al mes y no una periodicidad semanal, como sucede en el caso de la Asamblea autonómica.

En estas condiciones, no parece discutible, en un juicio desapasionado y racional, que la petición de la apelante en cuanto a la posibilidad de acomodar las fechas de los plenos municipales mensuales a una fecha diferente de los tres primeros jueves de cada mes para poder asistir a las sesiones de la Asamblea de Madrid, donde



también resultó democráticamente elegida, no parece abusiva, ni irracional, ni desproporcionada, sino todo lo contrario. Y, por encima de todas las restantes consideraciones, se trata de una petición que claramente expresa la seria dificultad de ejercer su mandato representativo en el municipio y, por ende, la afectación directa a su derecho fundamental del artículo 23.1 de la Constitución española. Una petición que reúne estas características, en sede de tutela de ese derecho fundamental y de los derechos de los electores representados por dicha concejal, merecía un mínimo estudio de la posibilidad de acceder a dicha petición, mediante una propuesta que conciliase la compatibilización de las tareas de la concejal solicitante y que, a la vez, no determinase la imposibilidad de asistencia al Pleno de otros concejales. La decisión final, no hay duda, era discrecional. Pero esa discrecionalidad no supone arbitrariedad, ni puede ejercitarse adoptando la decisión menos favorable a la efectividad del derecho fundamental comprometido, ni valiéndose de una motivación insuficiente o inadecuada para justificarla, porque entonces la decisión no podrá considerarse conforme a derecho, por mucho que haya sido adoptada de conformidad con las reglas que regulan su adopción formal.

No es posible olvidar, en un asunto como el presente, la doctrina constitucional sobre la necesidad de atribuir la máxima eficacia a los derechos fundamentales y libertades públicas declaradas por la Constitución española. En particular, para el derecho fundamental que nos atañe, la STC nº 26/1990, de 19 de febrero, fija también en su Fundamento de Derecho sexto la doctrina aplicable, cuando está en juego el derecho fundamental del artículo 23, declarando la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre ellas, el de participar en los asuntos públicos, como elector (23.1) o como elegido (23.2), "*... que aparece, en virtud del carácter democrático del Estado, como un elemento básico de todo el sistema constitucional*". Como señaló la STC 105/2012, de 11 de mayo, "*... el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido reconocido reiteradamente por este tribunal, tanto en términos generales como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FFJJ 2 y 6 , y 153/2003, de 17 de julio , FJ 7). Respecto a estos últimos, hemos declarado que "la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes"*. Por lo tanto, la Constitución española impone un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, que debe ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos. Desde esta perspectiva, motivar la decisión denegatoria de la petición de la apelante en la mera invocación de una costumbre en la fijación de fechas de los plenos no puede ser convalidada cuando de la decisión se deriva, como hemos visto, la imposibilidad o grave dificultad para el ejercicio fundamental de los derechos fundamentales; y cuando ni siquiera consta que se haya explorado mínimamente la posibilidad de evitar ese efecto, accediendo a lo pedido, sin que resulte menoscabo de las posibilidades de asistencia al Plano municipal de los restantes miembros del mismo.

CUARTO: La consecuencia de lo dicho debe ser la estimación del recurso de apelación en cuanto a la pretensión revocatoria de la sentencia y la estimación de la pretensión de que se anulen los actos impugnados, al estimarse que los mismos vulneraron el derecho fundamental del artículo 23.1 de la Constitución española a la participación ciudadana en los asuntos públicos de la recurrente. Y debemos también, con base en los razonamientos precedentes, estimar las restantes pretensiones contenidas en el suplico de la demanda de la hoy apelante, reconociendo a la misma el derecho a que por la administración demandada se realice una nueva propuesta al Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada para señalar una nueva fecha de celebración de los Plenos municipales que permita la posibilidad de compatibilizar la condición de la apelante como Concejala del Consistorio y como Diputada de la Asamblea de Madrid, como se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

QUINTO: No procede efectuar pronunciamiento sobre las costas de este recurso de apelación, al estimarse el mismo, conforme a lo prevenido en el artículo 139-2º de la ley 29/1998.

Respecto de las costas de la instancia, procede la imposición de costas a la administración demandada ante la desestimación total de su oposición al recurso contencioso-administrativo, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la ley 29/1998.

Vistos los anteriores preceptos y razonamientos,

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el recurso de apelación que se dirige por Dña. Elisenda , representada por el procurador D. Fernando Anaya García, contra la sentencia nº 411/2023, de 11 de diciembre de 2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 30 de Madrid, dictada en su Procedimiento Especial para la protección de los



Derechos Fundamentales nº 564/2023 y, en consecuencia, revocamos y dejamos sin efecto dicha sentencia, sin expreso pronunciamiento sobre las costas de la segunda instancia.

QUE ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, por la representación procesal de Dña. Elisenda contra la Resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 26 de septiembre de 2023, por la que se desestima el recurso de reposición formulado frente al Acuerdo del Pleno Municipal, de fecha 28 de junio de 2023, por el que se denegó la solicitud deducida por Dña. Elisenda para fijar la fecha de los Plenos ordinarios del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada, y su periodicidad en la legislatura 2023-2027 y:

a) DECLARAMOS QUE DICHOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NO SON CONFORMES A DERECHO, POR HABER VULNERADO EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA RECURRENTE A LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, DEL ARTÍCULO 23.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

b) ANULAMOS DICHOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, por no ser los mismos conformes a derecho.

c) ORDENAMOS que se retrotraigan las actuaciones en el procedimiento administrativo al momento anterior al dictado de dichas resoluciones, a fin de que se realice una nueva propuesta al Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Fuenlabrada para señalar una fecha de celebración de los Plenos municipales que permita la posibilidad de compatibilizar la condición de la apelante como Concejal del Consistorio y como Diputada de la Asamblea de Madrid.

Todo ello con imposición a la administración demandada de las costas procesales de la primera instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-0000-85-0351-24 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0351-24 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.