

momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad.» (STC 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4).

Por otro lado, es de recordar que la extensión específica de la «Seguridad Social» no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene subrayar aquí que no es posible partir de la previsión constitucional de un único modelo de Seguridad Social. La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, «la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema» y sólo impide que «se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social» (STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida, sin que, en particular y en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos constituya un imperativo jurídico (SSTC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2, y 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4).

Así pues, establecía la STC 197/2003, de 30 de octubre, la revisión de las actuales previsiones normativas en la materia examinada, tendiendo señaladamente a la aproximación en los sistemas de determinación y cálculo de la jubilación y la incapacidad permanente, resultaría, como hipótesis, posible. Una regulación diferente en el sentido indicado o en otro que quepa imaginar con incremento de la cobertura del sistema de la Seguridad Social podría objetivamente favorecer la minoración de los efectos diferenciadores que ocasionan algunas de las normas actuales.

Mas, de ser así, habría otro modelo normativo, sin que esa posibilidad alternativa pueda conducir a considerar vulnerado el art. 41 CE por el modelo actual. Ciertamente, la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva —art. 53.3 CE. Sin embargo, este «Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable» (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6), lo que no ocurre en el caso que se examina, pues, como ya hemos visto, el criterio diferenciador del art. 143.2 LGSS parte de la existencia de regímenes

jurídicos distintos para los trabajadores en situación de actividad y para los que ya han alcanzado la edad de jubilación.

Procedente será, en consecuencia, la desestimación de la cuestión.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante respecto del art. 143.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de abril de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugení Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**9910** *Sala Segunda. Sentencia 79/2004, de 5 de mayo de 2004. Recurso de amparo 3391-2002. Promovido por don Antonio González Serna frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia que desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Murcia por cese como jefe del servicio técnico de gestión urbanística.*

*Vulneración de la libertad sindical: indicios racionales de discriminación al cesar a un representante sindical de un puesto de libre designación (STC 171/2003). Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijos, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugení Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3391-2002, promovido por don Antonio González Serna representado por el Procurador de los Tribunales Pedro Antonio Pardillo Larena y asistido por el Letrado don Antonio Pagán Rubio, contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, que desestimó el recurso interpuesto contra los Acuerdos de 19 y 24 de octubre de 2001, respectivamente, del Consejo de Gerencia de Urbanismo y de la Comisión de Gobierno, ambos del Ayuntamiento de Murcia que, respectivamente, decretaron el cese del recurrente como Jefe del Servicio Técnico de Gestión Urbanística y su reintegro a la plantilla del personal funcionario de dicho Ayuntamiento. Han

intervenido el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Murcia representado por don Jesús Iglesias Pérez, Procurador de los Tribunales. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 31 de mayo de 2002 don Pedro Antonio Pardillo Larena, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Antonio González Serna, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de la Sentencia.

2. Los hechos más relevantes de los que trae causa la demanda son los siguientes:

a) Por Acuerdo adoptado el día 31 de mayo de 2001 el Pleno del Ayuntamiento de Murcia aprobó la modificación de la estructura orgánica interna de la Gerencia de Urbanismo. Con apoyo en dicho Acuerdo, el 19 de octubre de 2001, el Consejo de dicha Gerencia decidió el cese del demandante de amparo como Jefe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística. El demandante venía ostentando la condición de Delegado de Personal en el Ayuntamiento desde el 24 de marzo de 1999 en que fue elegido representante de los funcionarios que prestan servicio en la citada corporación municipal. En esa misma fecha, 19 de octubre de 2001, se solicitó informe de la Junta de Personal sobre el cese, quien emitió informe desfavorable el 23 de octubre por los siguientes motivos: no tener conocimiento del cese del funcionario referido; ostentar las garantías propias de los miembros de la Junta de Personal y, en concreto, la prohibición de ser trasladado durante el ejercicio de sus funciones; no concretarse las necesidades que obliguen a reforzar la plantilla ni la necesidad de que sea con el funcionario referido cuando existen otros puestos ocupados con arquitectos superiores con menor nivel y antigüedad; y, en definitiva, por entender que no existía causa alguna para el traslado y que únicamente podía obedecer a una persecución por razón del cargo que ocupa como miembro de la Junta de Personal.

b) Posteriormente, mediante nuevo Acuerdo de 24 de octubre siguiente, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento acordó reintegrar al ahora demandante de amparo «a la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento, siendo adscrito de forma provisional al puesto de Jefe de Servicio (Arquitecto), con código catálogo de puesto 1526, adscrito a la Oficina Técnica de Arquitectura, en tanto el interesado no obtenga un puesto de carácter definitivo mediante el procedimiento reglamentario correspondiente».

c) El ahora demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando que se declararan nulos los Acuerdos antedichos y se ordenara su reintegro a su puesto como Jefe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística, declarando no haber lugar al cese ni al traslado. En particular alegaba que el hecho de haber sido representante legal de los funcionarios le impedía ser trasladado conforme al artículo 11 de la Ley de 12 de junio de 1987 por la que se regulan los órganos de representación de los funcionarios públicos; que el traslado carecía de justificación al pretender motivarse en una previa modificación de la estructura orgánica que en realidad no era tal, pues se habían limitado a sustituirle por otro técnico; y se ponía de manifiesto que los Acuerdos suponían en definitiva una sanción disciplinaria encubierta sin motivo ni causa alguna, al no concretarse las razones que obligaban al traslado cuando en la propia Gerencia de Urbanismo de donde procedía existían otros arquitectos que no eran miembros de la Junta de Personal y que ostentaban menor

nivel de antigüedad. Se razonaba igualmente que el art. 11 también prohibía la discriminación en la promoción económica y que el traslado suponía una pérdida económica (que se cuantificaba) y que en la prensa local ponía de manifiesto que las causas del cese nada tenían que ver con la reestructuración del servicio sino con la oposición a un proyecto del Ayuntamiento, así como que el cese en el anterior puesto había sido arbitrario, infringiendo lo dispuesto en la Ley de medidas para la reforma de la función pública para los puestos de libre designación que, si bien permiten la discrecionalidad, proscriben en todo caso la arbitrariedad.

d) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia dictó Sentencia en fecha 26 de abril de 2002 desestimando el recurso interpuesto.

La Sentencia razona que se están impugnando dos actos distintos e independientes. En relación con el Acuerdo de 19 de octubre de 2001, donde se resuelve cesar al demandante en el puesto de jefe de servicio de intervención urbanística, declara que al referirse a un puesto de libre designación el cese no necesitaba una motivación específica al tratarse de una facultad discrecional de la Administración pero señala que, además, en el presente caso sí se había motivado en la modificación de la estructura orgánica de la Gerencia de Urbanismo. Asimismo el Juzgado considera que no se ha alegado ni sugerido en la demanda que el cese haya podido venir motivado por la condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal del Ayuntamiento del actor, sin que «el hecho aislado de que el recurrente tuviera dicha condición limite la potestad discrecional de la Administración para acordar el cese en un puesto de libre designación que, además, no se ha acreditado ni alegado que pudiera tener como causa el ejercicio de sus funciones como representante de los funcionarios».

En cuanto al Acuerdo de 24 de octubre de 2001, que determina reintegrar al recurrente en la plantilla del personal funcionario del Ayuntamiento adscribiéndolo de forma provisional al puesto de jefe de servicio técnico con código de 1526 en tanto no obtenga un puesto definitivo, la Sentencia declara que el artículo 11 e) de la Ley 9/1987, de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas no prohíbe cualquier traslado, sino tan sólo el motivado precisamente por el ejercicio de sus funciones de representación y, «en el caso enjuiciado, ni siquiera admitiendo la prueba de indicios o presunciones, podría deducirse que el traslado del recurrente venga motivado por su actuación como representante de los trabajadores» pues, «en realidad ni siquiera se sugiere en la demanda ni en las alegaciones realizadas en el acto de la vista que guarde relación alguna su traslado con las funciones desarrolladas o actuaciones realizadas como miembro de la Junta de personal, por lo que dicho motivo de nulidad no puede ser estimado».

Finalmente, la Sentencia rechaza la queja relativa a la discriminación en las retribuciones puesto que con el traslado, posterior al cese en su puesto anterior, no se acredita que haya una reducción de retribuciones derivada directamente del traslado y advierte de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

3. Contra los Acuerdos municipales y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo anterior don Antonio González Serna interpuso demanda de amparo por lesión del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

En concreto alega que su condición de delegado de personal y la actuación que como tal ha tenido que realizar, en especial la discusión que tuvo con el Alcalde, en la que le manifestó su discrepancia con el hecho

de que mantuviera a trabajadores que realizaban el mismo tipo de trabajo en categorías profesionales distintas, ha sido la que le ha llevado a ser cesado tras diecinueve años de vinculación funcional como Jefe del Servicio de Intervención de la Gerencia de Urbanismo, y encontrarse en un despacho con condiciones de espacio inferiores a las de sus compañeros. Alega que, en contra de lo que manifestó la Sentencia del Juzgado, existen indicios suficientes para considerar que el motivo del cese del trabajador se debió a cuestiones sindicales, tales como: a) que se le cesó el mismo día que se solicitó informe a la Junta de personal sin esperar contestación de la misma (19 de octubre de 2001) y que la contestación de la Junta se efectuó el día 23 de octubre de 2001 en sentido desfavorable; b) que el día 24 de octubre de 2001 se le comunicó el destino de forma provisional y se le ordenó su integración a dicho puesto provisional el día 25 de octubre; c) que se le asignó un despacho de 6 m<sup>2</sup> teniendo el resto de compañeros 18 m<sup>2</sup>; d) que se le redujo el nivel profesional y se le rebajó el sueldo. Sin que los motivos alegados por la Administración, basados exclusivamente en su potestad de auto organización resulten verosímiles por cuanto dicha modificación fue puramente terminológica, hasta el punto de que se sacó a concurso oposición una plaza de arquitecto en la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia a fin de cubrir el puesto dejado por el ahora recurrente, y porque la reestructuración organizativa se aprobó el 31 de mayo de 2001, haciéndose el cese y traslado del funcionario delegado de personal en tan sólo cinco días.

Finalmente aduce que el hecho de que se ostente un cargo de libre designación no es causa suficiente para que la libertad de su nombramiento pueda suponer la libertad de su cese cuando el trabajador es representante de los trabajadores y está protegido por el derecho fundamental contemplado en el art. 28 CE y que no se ha ponderado adecuadamente la motivación de las exigencias de organización del servicio alegadas por la Administración y la protección de la situación derivada del cargo sindical desempeñado como señala la STC 17/1996, de 7 de febrero.

4. El 13 de junio 2002 se dictó diligencia de ordenación para conceder al recurrente un plazo de diez días a fin de que, conforme determina el art. 50.5 LOTC, aportase copia de la demanda presentada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, certificación del acta de la vista celebrada el 15 de abril de 2002 y acreditara fehacientemente la fecha de notificación de la Sentencia 26 de abril 2002, apercibiéndole de que, de no verificarlo, se procedería al archivo de las actuaciones.

5. El 11 de junio de 2003 la Sección Tercera de este Tribunal dictó providencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, concediendo al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1.c) LOTC].

6. Con fecha 4 de julio de 2003 el demandante de amparo reiteró que las circunstancias del caso suponían una vulneración del art. 28.1 CE.

7. El 9 de julio de 2003 el Ministerio Fiscal registró escrito en este Tribunal interesando la admisión del presente recurso de amparo por entender que existen indicios de vulneración de la libertad sindical tales como el hecho de que la modificación organizativa aprobada tan sólo se limitara al cese y ulterior traslado del demandante a otras dependencias de la misma Gerencia, la existencia de un informe desfavorable de la Junta de

Personal, empeoramiento económico y laboral, o la posible relación entre la medida adoptada y un eventual conflicto entre el demandante y la Concejalía en relación con las obras de remodelación de la plaza de la Cruz Roja.

8. Por providencia de la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, se acordó conocer del presente recurso amparo y admitir a trámite la demanda, así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Comisión de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al expediente administrativo en el que se dictó la Resolución de 19 de octubre de 2001. Asimismo, se acordaba dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Murcia para que, en el mismo plazo, remitiera certificación de las actuaciones correspondientes al recurso 1144-2001, instando al Juzgado al previo emplazamiento de quienes hubieran sido parte en procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente recurso de amparo.

9. Por diligencia de ordenación 29 de enero 2004, la Sala Segunda de este Tribunal acordó tener por personado y parte en procedimiento al Procurador don Jesús Iglesias Pérez en nombre y representación del Ayuntamiento de Murcia, acordándose entender con el las sucesivas actuaciones, debiendo aportar copia de escritura de poder original acreditativa de su representación; asimismo se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días a fin de que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes conforme determina el art. 52.1 LOTC.

10. El 25 de febrero de 2004 la representación del demandante de amparo reiteró a las alegaciones contenidas en su demanda inicial.

11. El 1 de marzo de 2004 la representación del Excmo. Ayuntamiento de Murcia registró escrito de alegaciones interesando la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por incumplimiento del art. 44.1.a LOTC, pues la Sentencia recurrida era susceptible de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 29/1998, pese a la indicación errónea contenida en la Sentencia negando todo recurso.

Asimismo, en cuanto al fondo del asunto, alega que el acuerdo de 19 de octubre de 2001 se limitó a disponer el cese del actor sin que ello supusiera traslado alguno, por pérdida de la confianza y, en consecuencia, por la aplicación automática de la remoción del puesto de libre designación; y sólo con posterioridad, mediante acuerdo de 24 de octubre de 2001, es cuando se trasladó y reintegró a dicho funcionario en la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento, adscribiéndolo a la Oficina Técnica de Arquitectura, siendo exclusivamente en relación con este traslado de aplicación la garantía prevista en el art. 11 e) de la Ley 9/1987. Tras esta precisión el escrito afirma que el indicado precepto permite el traslado si obedece a razones ajenas al ejercicio de las funciones como delegado de personal y, a este respecto, señala que no hubo en la demanda contenciosa ni en la demanda de amparo una sola afirmación que indicara la más mínima actuación municipal tendente a recortar o a evitar la actuación sindical, siendo la prueba de los hechos carga de quien los alega. Señala que el actor no ha mencionado nada que demuestre interés de la Administración en perjudicar una acción sindical que,

al menos indiciariamente, encaje en el supuesto de hecho de la norma, limitándose a efectuar una manifestación subjetiva sin el más mínimo soporte fáctico. En todo caso señala que el traslado nada tiene que ver con la condición de representante del actor, al existir una única mesa general de negociación y una única comisión de seguimiento de la ejecución del acuerdo de condiciones de trabajo y ser, por tanto, irrelevante desde el punto de vista del ejercicio de la acción sindical que el delegado de personal pertenezca a un servicio u otro, de modo que el traslado tampoco afecta a la acción sindical.

12. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 3 de marzo de 2004, interesó la estimación del amparo solicitado.

Después de recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la garantía de indemnidad de los representantes sindicales de la Administración pública y en relación con los supuestos de cese en puestos de libre designación de funcionarios públicos que ostentan la condición de delegados de personal, entiende que el recurrente ha aportado datos indiciarios que permiten una deducción lógica y razonable que hace sospechar que la Administración ha podido actuar de modo atentatorio contra el derecho fundamental invocado y que la existencia de un eventual trato discriminatorio como consecuencia del cargo electo sindical que ostentaba obligaba a una inversión de la carga de la prueba y a que la Administración acreditara que el cese se debió en exclusiva a razones organizativas. A este respecto se alega que el hecho de que la reorganización aprobada no se opere inmediatamente, continuando el demandante en el desempeño de sus funciones, y que el único cese fue el del demandante permaneciendo los demás responsables de los diferentes servicios técnicos confirmados en sus respectivos cargos, confirma que la decisión administrativa fue adoptada como reacción, pues la corporación no dio argumento explicativo que con apoyo en razones objetivas justificara el cese del demandante.

Concluye el Ministerio público señalando que «la Administración no ha acreditado suficientemente las razones de organización de los servicios públicos que habrían justificado la decisión de cese adoptada, ni tampoco la Sentencia judicial ha efectuado una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto, pues el órgano judicial ha justificado el cese del actor en el único argumento de que el cargo que ocupaba era de libre designación y por tanto susceptible de cese discrecional por parte de la Administración, sin reparar en la circunstancia de que el Sr. González Serna, en su condición de representante sindical, ha invocado la posible vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical en su manifestación del derecho a la indemnidad en el ejercicio de sus funciones sindicales y de que, para acreditar tal circunstancia, ha aportado una serie de indicios que no fueron preferentemente valorados por la juzgadora de instancia».

13. Por providencia de 30 de abril 2004, se acordó para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 5 de mayo del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo alega que la resolución judicial recurrida y los Acuerdos de los que trae causa vulneran su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) por cuanto su inicial cese en el puesto de libre designación y su posterior adscripción provisional y traslado a la Oficina Técnica de Arquitectura se debieron a su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal. Entiende que existen indicios suficientes

para llegar a tal conclusión y que, por el contrario, la Administración tan sólo alegó su potestad de autoorganización y la discrecionalidad en el cese de un puesto de libre designación.

El Ministerio Fiscal interesa igualmente el otorgamiento del amparo alegando que existen suficientes indicios de discriminación que determinaban la inversión de la carga de la prueba, y niega, además, que la justificación alegada por el Ayuntamiento haya quedado suficientemente acreditada.

2. El examen del presente caso exige, con carácter previo, dilucidar si existe el óbice procesal apuntado por el Ayuntamiento de Murcia en relación con la falta de agotamiento de los recursos en la vía judicial al no haber interpuesto el demandante de amparo un recurso de apelación contra la Sentencia impugnada en aplicación del art. 81 LJCA.

Este Tribunal ha afirmado que la exigencia de agotar la vía judicial procedente antes de acudir al recurso de amparo [art. 44.1 a) LOTC] no es, ciertamente, una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, nuestra jurisprudencia tiene establecido que el carácter subsidiario del recurso de amparo no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables (STC 188/1990, de 26 de noviembre, FJ 3); esto es, «cuando no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponerlo [el recurso], así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo» (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 3), sin necesidad de efectuar complejos análisis jurídicos, puesto que no es exigible al ciudadano que supere dificultades de interpretación que excedan de lo razonable (SSTC 65/1985, de 23 de mayo, 114/1986, de 2 de octubre, 188/1990, de 26 de noviembre) y además se requiere que su falta de utilización tenga origen en la conducta voluntaria o negligente de la parte o de los profesionales que le prestan su asistencia técnica (STC 172/1991, de 16 de septiembre, FJ 2).

La determinación de los supuestos en que cabe un recurso constituye, como regla general, una cuestión de legalidad que, en última instancia, debe ser resuelta por el Tribunal competente (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2). No obstante, en la medida en que en cumplimiento de su Ley Orgánica este Tribunal debe necesariamente ejercer un control sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las demandas de amparo y, más en concreto, sobre la necesidad de haber agotado la vía judicial previa, ello nos obliga a un pronunciamiento ad casum sobre la necesidad o no de haber interpuesto recurso de apelación contra la resolución que ahora se impugna (por todas, STC 229/1994, de 18 de julio, FJ 1), si bien nuestro control debe limitarse a examinar si el recurso era razonablemente exigible. Así lo que se traduce en que el presupuesto procesal de agotar la vía previa no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueren imaginables, bastando para dar por cumplido este requisito con la utilización de los que «razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos» (entre otras, SSTC 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 2, y 51/2000, de 28 de febrero, FJ 2). No se trata, por tanto, decíamos en la Sentencia 76/1998, de 31 de marzo (FJ 2), «de establecer con total precisión si un recurso era o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición pues, como también hemos señalado, cuando la determinación del recurso procedente

requiere un razonamiento excesivamente complejo no puede exigirse al ciudadano que supere esas dificultades de interpretación» (SSTC 29/1983, de 26 de abril, 65/1985, de 23 de mayo, 114/1986, de 2 de octubre, 50/1990, de 26 de marzo, 142/1992, de 13 de octubre, 27/1994, de 27 de octubre, y 139/1996, de 16 de septiembre, entre otras muchas).

Asimismo debe tenerse en cuenta para el examen del óbice procesal que, en relación con la indicación o advertencia errónea de recursos, es doctrina de este Tribunal que se han de diferenciar los casos en que el órgano judicial omite toda indicación acerca de los recursos procedentes de aquellos otros supuestos en que no se trata de omisión judicial, sino de una indicación errónea o equivocada sobre la existencia o no de recursos. Conforme se señala en la STC 107/1987, de 25 de junio, a la instrucción o información errónea acerca de los recursos «ha de darse mayor alcance que a la simple omisión, en cuanto que es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, error que hay que considerar como excusable, dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial».

Ahora bien, se razona asimismo en la mencionada STC 107/1987 (recogiendo doctrina anterior, de la que son exponente las SSTC 43/1983, de 20 de mayo, 70/1984, de 11 de junio, y 172/1985, de 6 de diciembre), que «si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos». Sin que se pueda en todo caso imputar a negligencia de la parte su pasividad cuando la misma es resultado de un error del órgano judicial pues, como recientemente declaráramos en la STC 5/2001, de 15 de enero, «si la oficina judicial hubiera ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables o hubiera declarado firme, expresamente, la resolución y, por tanto, inimpugnable, en tal caso, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueren ciertas y obrar en consecuencia, inducido así a error que, por tanto, sería excusable (STC 102/1987) y no podría serle imputado porque 'los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera del ciudadano' (SSTC 93/1983 y 172/1985) (STC 67/1994, de 28 de febrero, FJ 3)».

En el presente caso, partiendo de la idea básica expuesta de que la determinación de la procedencia o improcedencia de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria que compete interpretar de modo exclusivo a los Juzgados y Tribunales, lo cierto es que el órgano judicial al que competía la interpretación respecto de la pertinencia o no de un posterior recurso de apelación entendió que el mismo era improcedente, y así lo dijo de modo expreso en la advertencia de recursos contenida en la Sentencia que ahora se recurre. Ello, unido a que el tenor del art. 81 LJCA exige una cierta interpretación en conjunción con otros preceptos de la misma norma que no nos corresponde efectuar, nos conduce, de acuerdo con el principio pro actione que debe presidir el recurso de amparo en supuestos en los que la interpretación del precepto legal no es patente, tal y como ocurre con el ahora enjuiciado, a la inadmisión del óbice procesal alegado.

3. Despejado el óbice procesal debe examinarse la queja del demandante sobre la existencia de vulneración del art. 28.1 CE y de la distribución de la carga de la prueba que a tal vulneración resultaría inherente.

Para resolver la cuestión debe recordarse que este Tribunal, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad (STC 87/1998, de 21 de abril), por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 17/1996, de 7 de febrero; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5).

Como señala la STC 111/2003, de 16 de junio, FJ 5, «hemos venido declarando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que tiene la regla de distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales. Así, en la STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, decíamos que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad (SSTC 87/1998, de 27 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 84/2002, de 22 de abril, FJ 4). Es de reseñar que son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba de la parte actora, y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de discriminación, en todo caso habrán de superar inexcusablemente un umbral mínimo, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado (STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; ATC 89/2000, de 21 de marzo).

Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la

pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; STC 111/2003, de 16 de junio, FJ 5); sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (SSTC 140/1999, de 22 de julio, FJ 5; 29/2000, de 31 de enero, FJ 3). Se trata, pues, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental (SSTC 202/1997, de 25 de noviembre, 48/2002, de 25 de febrero, FJ 5; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5).

Esta doctrina se ha proyectado, igualmente, a supuestos de decisiones discrecionales o no causales. En este tipo de supuestos hemos afirmado que «para excluir la existencia de indicios de la lesión no es suficiente invocar el carácter del puesto (de libre designación) y las facultades discrecionales que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de ese puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización ad casum con un resultado inconstitucional. En ese sentido, nuestra STC 29/2002, de 11 de febrero, en relación con la distribución de la carga de la prueba, señalaba que es exigible una justificación causal de la decisión en su específica y singular proyección sobre el caso concreto» (STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6) y ello porque, desde la perspectiva constitucional, las decisiones discrecionales o no causales pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 190/2001, de 1 de octubre; 29/2000, de 31 de enero; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6). La facultad empresarial discrecional, entonces, «tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de antisindicalidad concurrentes sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador» (STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6).

En el marco de las relaciones en el seno de las Administraciones públicas también este Tribunal se ha pronunciado en tal sentido. Así, como sintetiza el fundamento jurídico 5 de nuestra reciente STC 111/2003, de 16 de junio, también la Administración, «que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (art. 103.1 y 106.1 CE) sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE; STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 6), tiene la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, y en este sentido decíamos en las SSTC 114/2002, de 20 de mayo, FJ 7, y 49/2003, de 17 de marzo, FJ 5, que el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. Por lo demás, hemos declarado en nuestra STC 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 6, que no es bastante para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales».

4. A la luz de la doctrina expuesta se impone el análisis de los elementos de hecho que aparecen recogidos en la demanda de amparo y en el conjunto de las actuaciones para constatar, en primer lugar, si el recurrente ha aportado determinados datos indiciarios que permitan una deducción lógica y razonable que haga sospechar que la Administración ha podido actuar de modo atentatorio con el derecho fundamental invocado a fin de que posteriormente pueda determinarse si el cese ha obedecido no a razones estrictamente organizativas de los servicios públicos.

La Sentencia impugnada apoyó básicamente la desestimación del recurso contencioso-administrativo en el incumplimiento del recurrente de amparo de la carga probatoria, incluso meramente alegatoria, respecto al panorama indiciario de discriminación tanto en relación con el hecho de que el cese hubiera podido venir motivado por su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal, como en relación al posterior traslado. Para la Sentencia, en definitiva, no constaría acreditado el panorama indiciario exigible por entender que el cese es discrecional al tratarse de un puesto de libre designación y porque, además en el caso concreto, se encontraba motivado al basarse en una modificación de la estructura organizativa de la Gerencia de Urbanismo sin que, a juicio del juzgador, se haya siquiera alegado que pudiera tener como causa el ejercicio por el actor de las funciones que le competen como representante de los funcionarios. En cuanto al traslado, entiende que no hay vulneración alguna por cuanto lo que esta prohibido es el traslado que impida las funciones de representación y, se dice, no se ha alegado ni argumentado que el traslado guarde relación con que se le haya impedido su ejercicio. Pero las razones que alega la Sentencia para rechazar que el actor haya alegado y aportado indicios de antisindicalidad no resultan conformes con la doctrina constitucional anteriormente referida.

En primer término, porque no es cierto que ni siquiera se alegara la antisindicalidad de las medidas adoptadas. Aunque es cierto que en el recurso contencioso-administrativo los hechos narrados se exponían para apoyar la nulidad del acto administrativo recurrido, en ellos se exponía que los Acuerdos encubrían una sanción disciplinaria al no constar las razones por las que debía producirse el traslado y no ser suficientes las alegadas por no resultar verosímiles al existir personas con igual cualificación pero con menor nivel de antigüedad, se alegaba ente otras la discriminación económica (hecho cuarto), y que lo que se subyacía al cese era su oposición a un proyecto determinado que suponía la «conculcación de sus derechos sindicales» (hecho quinto). Asimismo, en la fundamentación jurídica se transcribía el art. 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio (fundamento tercero), y se señalaba expresamente que «el recurrente ha sido cesado en el ejercicio de sus funciones, mientras desempeñaba el cargo de delegado de personal y ha sido trasladado de su puesto de trabajo, no ya de la Jefatura de libre designación, sino de la Gerencia de Urbanismo, conculcando la garantía constitucional que los representantes sindicales tienen garantizada a expresar libremente su opinión y a realizar sus funciones, sin poder conculcarse las garantías sindicales dirigidas a proteger básicamente al representante de decisiones que pueda adoptar en este caso la Administración. Esta regulación legal es reflejo de la establecida en el Estatuto de los trabajadores que establece como hemos visto un sistema de garantías cuya finalidad es proteger al representante y a los representados contra las decisiones del empresario. En este sentido, el Tribunal Constitucional en Sentencia 40/1985 incluye la referidas garantías entre las que se contiene la de no poder sancionar a los representantes en las mismas circunstancias que ahora nos

encontramos, recogidas en el art. 68 LET, dentro del ámbito de la libertad sindical entendiéndose que la protección de aquella es la propia de los derechos fundamentales» (fundamento cuarto).

5. A lo indicado cabe añadir que los elementos que se adujeron en la demanda y en la vista sí conformaban un panorama indiciario como para llevar al juzgador a una creencia racional sobre la posibilidad de lesión de un derecho fundamental y proceder a desviar el onus probandi al demandado en torno a las razones objetivas y extrañas a la pretendida vulneración alegada. En efecto, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, existe una sucesión de datos cronológicos, temporalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción razonable de que la corporación municipal había decidido cesar al ahora demandante de amparo, como de hecho ya hizo, incluso antes del pronunciamiento de la Junta de personal, el Consejo de Gerencia de Urbanismo del Municipio murciano. Conexión temporal que resulta relevante como indicio o principio de prueba (según nuestras SSTC 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 214/2001, de 29 de octubre; 84/2002, de 22 de abril, o 114/2002, de 20 de mayo).

En concreto, como destaca el Ministerio Fiscal, resulta bastante relevante que la primera de las resoluciones del Ayuntamiento, la de 19 de octubre de 2001, que acordó el cese del actor en el cargo de libre designación que había venido ostentando, se produjera antes de que la Junta de personal se pronunciara sobre la decisión adoptada, dada la condición de representante sindical del demandante y que, además, la segunda de las resoluciones, de 24 de octubre siguiente, que acordaba su adscripción provisional a la Oficina Técnica de Arquitectura de la corporación fuera dictada precisamente en la fecha inmediatamente posterior a la del informe desfavorable de la citada Junta de Personal, sin que además en ella se hiciera mención alguna al sentido negativo de este informe, siquiera fuera simplemente para rebatirlo.

A mayor abundamiento, aduce el Ministerio Fiscal, el hecho de que el actor viera inmediatamente reducidas las retribuciones económicas asignadas al puesto de trabajo así como las condiciones materiales en que hubo de desempeñar su actividad laboral a partir del traslado, junto a las alegaciones contenidas en la demanda inicial en relación con un eventual conflicto que pudo tener lugar entre el actor y la concejalía de urbanismo respecto de las obras de remodelación de la plaza de la Cruz Roja en la ciudad de Murcia y con la organización por su parte de un acto de despedida del anterior responsable de dicha concejalía o, como dijo y consta en el acta del juicio, por un enfrentamiento que mantuvo con el Alcalde ya que consideraba inadmisibles que desempeñando todos las mismas funciones a unos se les subiese del nivel 26 al 28 y a otros no, constituyen elementos, todos ellos, que configuraban indicios de prueba suficientes para sostener la existencia de un eventual trato discriminatorio que le habría generado un empeoramiento de su situación laboral como consecuencia del cargo electo sindical que ostentaba.

Y para excluir la existencia de indicios de la lesión, como dijimos en la STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, no es suficiente invocar el carácter del puesto (de libre designación) y las facultades que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de este puesto ofrece no es bastante para excluir la posible instrumentalización del cese con un resultado inconstitucional. De suerte que la facultad de cese tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de antisindicalidad concurrentes sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador.

6. Y, en el presente caso, las razones esgrimidas por la Administración no sólo no resultan suficientes para despejar las dudas racionalmente generadas por el panorama indiciario, sino que vienen a confirmar la existencia de indicios discriminatorios al no aportar la Administración una justificación suficiente de la causa real que le llevó a adoptar las dos medidas recurridas, la del cese y la del posterior traslado.

En efecto, en cuanto al cese, no resulta suficiente justificación el hecho de que se tratara de un puesto de libre designación, como ya se ha señalado. Como tampoco lo es, para las dos medidas, el hecho de que tanto una como otra se basaran en la supresión del puesto que se ocupaba como consecuencia de la modificación de la estructura orgánica de la Gerencia de Urbanismo ni que ésta fuera el motivo del necesario traslado. Aunque es cierto que la corporación municipal aprobó una reorganización del área de urbanismo del Ayuntamiento, lo hizo varios meses antes de adoptar las medidas concretas respecto al ahora demandante de amparo quien continuó desempeñando sus funciones como Jefe del Servicio Técnico de la vía de intervención urbanística. Desconexión temporal entre el elemento justificativo alegado por el Ayuntamiento en el proceso y el repetido cese en el puesto de libre designación y posterior traslado que, como señala la STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, representa un elemento que no hace sino reforzar la duda generada por la correlación cronológica de los hechos antes descrita.

Es más, de los antecedentes de la Sentencia impugnada, como señala el Ministerio Fiscal, no parece deducirse que dicha reorganización se extendiera más allá del cese y ulterior traslado del actor a otras dependencias de la misma Gerencia pese al informe desfavorable emitido por la Junta de personal. Un informe que, además, ponía de manifiesto que no se habían concretado las necesidades que obligarían a reforzar la plantilla ni la necesidad de que fuera con el funcionario demandante de amparo cuando existían otros puestos ocupados con arquitectos superiores con menor nivel y antigüedad y en el que se concluía que el traslado únicamente podía obedecer a una persecución por razón del cargo que ocupaba como miembro de la Junta de Personal.

7. A mayor abundamiento, como indica igualmente el Ministerio Fiscal, de la lectura de la resolución de 19 de octubre de 2001 que le cesó en ese cargo de libre designación, se deduce que los demás responsables de los diferentes servicios técnicos fueron confirmados en sus respectivos cargos a excepción del recurrente al que no se dio explicación alguna de dicho cese después de varios años en el cargo, lo que confirmaría que la decisión administrativa fue adoptada como reacción frente a la actuación del actor que, en su calidad de delegado de personal, se había opuesto como jefe del servicio de intervención urbanística a determinada remodelación de una plaza en la capital murciana.

En definitiva, la corporación no dio ningún argumento explicativo que, con apoyo en razones objetivas, justificara el cese del demandante en su cargo y su posterior traslado, pues las medidas a las que se redujo la reorganización de la estructura administrativa alegada no lograron desvirtuar los indicios aportados. Debiendo tenerse en cuenta además que, pese al informe desfavorable de la Junta de Personal, el Ayuntamiento ni siquiera dio una cumplida respuesta razonada a lo que había acordado el órgano de representación sindical de los empleados de la corporación municipal. Ello permite razonar que la voluntad de ésta era desprenderse del demandante de amparo, como de hecho ya lo hizo el Consejo de Gerencia de Urbanismo del municipio murciano incluso antes del pronunciamiento de la Junta de Personal. En suma, cabe afirmar que las medidas adop-

tadas atentaron contra la garantía de indemnidad del actor en el desempeño de sus funciones sindicales.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Antonio González Serna y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2.º Restablecerlo en el citado derecho y, a tal fin, anular la Sentencia núm. 322 de 26 de abril de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, así como las Resoluciones de 19 y 24 de octubre, dictadas, respectivamente, por el Consejo de Gerencia de Urbanismo y la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia en lo referido al demandante de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de mayo de dos mil cuatro.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3391-2002*

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria contenida en la Sentencia expreso por este Voto, no obstante, mi opinión discrepante que paso a fundar.

Creo que la Sentencia debía haber declarado la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial precedente antes de acudir al amparo, siendo, a mi juicio, el correcto el planteamiento que sobre el particular ha formulado el Ayuntamiento de Murcia, y que la Sentencia rechaza, en mi opinión, desafortunadamente.

Comparto la que en el fundamento jurídico 2 se expone como doctrina general respecto de la necesidad de agotamiento de la vía previa, e incluso sobre el alcance de nuestro control; pero estimo que su aplicación al caso debía haber conducido a una conclusión contraria a la que se ha llegado.

En mi opinión la Sentencia proclama una doctrina de carácter general de la que no extrae sus debidas consecuencias en el caso. Si en éste, en el que, a mi juicio es incontestable la posibilidad del recurso de apelación en el proceso a quo, se considera que no existe negligencia del actor, que actuó en dicho proceso con asistencia de Letrado, no alcanzo a ver en qué otros casos pueda considerarse que exista, y en definitiva cuándo pueda tener aplicación la doctrina de la STC 107/1987, citada en nuestra actual Sentencia, de que, «si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos».

Resulta claro en el pasaje transcrito, reproducido en la Sentencia de la que disiento de la STC 107/1987, que si la posibilidad de recurso puede ser percibida sin dificultad por quien acude al proceso asistido de Letrado, el posible error del órgano jurisdiccional, al indicar que contra su Sentencia no cabe recurso, no elimina la negligencia de la parte, al no examinar por sí misma si el recurso es o no posible.

Y si ello es así, me parece casi una fuga del problema el resolverlo por nuestra parte, sin comprometernos en un análisis propio de la posibilidad del recurso, escudándonos en la calificación del mismo como legalidad ordinaria «que compete interpretar de modo exclusivo a los Juzgados y Tribunales».

En realidad aprecio una cierta contradicción en la doctrina entre la proclamación de la salvedad de la ineficacia de los errores judiciales en la indicación de recursos, cuando la parte interviene en el proceso asistida de Letrado, por un lado; y la simultánea calificación, por otro, de la «determinación de la procedencia o improcedencia de los recursos [como]... una cuestión de legalidad ordinaria que compete interpretar de modo exclusivo a los Juzgados y Tribunales». Pues si, como se dice en nuestra Sentencia, haciéndose eco, ciertamente, de nuestra doctrina predominante, la apreciación de la procedencia o improcedencia de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria que compete interpretar de modo exclusivo a los Juzgados y Tribunales, esa atribución en exclusiva del enjuiciamiento de la cuestión, no deja espacio posible para el juego de la eventual negligencia de la parte que actúa con Letrado. U opera la posible negligencia de la parte, en cuanto base de una imputación de falta de agotamiento de la vía judicial previa, pese a la errónea indicación de recursos por parte del órgano judicial a quo, en cuyo caso ese efecto obstructivo deberá producirse sobre la base de un previo enjuiciamiento por nuestra parte de la posibilidad del recurso, lo que desmentiría la atribución en exclusiva al órgano judicial de «la determinación de la procedencia o improcedencia de los recursos»; o si nos atenemos a la exclusividad de la atribución al órgano judicial a quo de la determinación de la procedencia o improcedencia de los recursos, la proclamada salvedad no tiene espacio de operación, a parte de que en realidad, y contradiciendo en este punto una muy consolidada doctrina, según la cual la instrucción de recursos no forma parte del decisorio de la Sentencia (así el propio FJ 1 de la misma STC 107/1987, en la misma línea SSTC 128/1987, FJ 6; 239/2001, FJ 2; 65/2002, FJ 4; ATC 33/2003, FJ 2, etc.), la indicación de recursos acaba convirtiéndose en parte del decisorio de la Sentencia, aunque se diga lo contrario.

Me suscita especial rechazo la frecuente calificación de las cuestiones procesales relacionadas con la vía previa como cuestiones de legalidad ordinaria y la atribución en exclusiva a la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria, con la consecuente negativa, o al menos excusa, de que tales cuestiones conciernan a las facultades enjuiciadoras de este Tribunal.

Por mucho que el ámbito de enjuiciamiento del Tribunal venga definido por las cuestiones afectantes a la Constitución, el continente de la actuación del Tribunal, en especial en el recurso de amparo, es siempre una materia directa y exclusivamente regida por la legalidad orgánica (de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) u ordinaria (las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales); de ahí que el juicio sobre la observancia de los requisitos procesales del recurso de amparo nos compete de modo inequívoco, sin que podamos eludirlo a base de diferirlo a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Es directamente nuestra Ley orgánica la que en su artículo 44.1 a) establece el requisito que nos ocupa, y no encuentro la razón para que el juicio acerca de



ese requisito, cuya concurrencia o no deriva de la aplicación de las distintas leyes procesales, debamos declinarlo, haciendo propio el que, en su caso, puedan haber pronunciado al respecto los órganos de la jurisdicción ordinaria; y menos, si al tiempo afirmamos que lo que indican al respecto dichos órganos no forma parte del decisorio de sus resoluciones.

Cuestión distinta pudiera ser si el hecho de la procedencia o no de los recursos hubiera sido objeto de una cuestión litigiosa en un concreto proceso (v.gr. interposición de un recuso de queja) resuelta como tal en una auténtica resolución, formando así parte de su decisorio, y no de una mera indicación de recursos no comprendida en el decisorio de la resolución.

En el caso actual no creo, en contra de lo que se dice en nuestra Sentencia, que existiera ninguna dificultad en la interpretación del art. 81 LJCA, que en la duda permita en el amparo un juego benévolo del principio pro actione, sino que, por el contrario, me parece que la simple lectura del precepto pone en evidencia su indubitable claridad, y en la aplicación al caso la procedencia inequívoca del recurso de apelación («1. Las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a) Aquellos cuya cuantía no excede de tres millones de pesetas.
- b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.4. 2...».

Si el precepto establece el principio general de recurribilidad de la Sentencia, y el caso no está comprendido en ninguna de las dos excepciones taxativamente fijadas en él, como parece claro, no es precisa ninguna interpretación compleja de aquél, o, como se dice en nuestra Sentencia, a mi juicio de modo inexacto, «una cierta interpretación en conjunción con otros preceptos de la misma norma que no nos correspond[an] efectuar». Y al expresar tal juicio de apelabilidad de la Sentencia del Juzgado a quo no creo que me inmiscuya en el ámbito jurisdiccional de los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino que simplemente me limito a constar la concurrencia del requisito del art. 44.1 a) LOTC en una función que no me parece cómodamente declinable; y menos, insisto, cuando, al apartarme en mi juicio de la indicación de recursos por parte del Juzgado no estoy revisando el decisorio de ninguna resolución, sino sólo una instrucción no decisoria.

Por todo lo expuesto considero que nuestra Sentencia, como indiqué al principio, debiera haber declarado la inadmisión del recurso de amparo.

En tal sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a cinco de mayo de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

**9911** *Sala Segunda. Sentencia 80/2004, de 5 de mayo de 2004. Recurso de amparo 4169-2002. Promovido por doña Juana Marzal Martínez frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia y de un Juzgado de Primera Instancia de Gandía que la condenaron al pago de cuotas colegiales reclamadas por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local. Vulneración del derecho de asociación: STC 76/2003.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas,

don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4169-2002, promovido por doña Juana Marzal Martínez, representada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el Letrado don José Vicente Belenguer Mula, contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía, de 9 de noviembre de 2001, confirmada en apelación por Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de junio de 2002, recaída en los autos de juicio de verbal núm. 132-2001 sobre reclamación por impago de cuotas colegiales. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 4 de julio de 2002 don Ramón Rodríguez Nogueira, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Juana Marzal Martínez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extracta:

a) La recurrente en amparo, Secretaria de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, fue demandada ante la jurisdicción civil por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia en reclamación de la cantidad de 150.000 pesetas en concepto de impago de las cuotas colegiales más los intereses legales y las costas del procedimiento.

b) La ahora demandante de amparo, Sra. Marzal Martínez, se opuso a la demanda alegando, entre otras razones y a los efectos que a este recurso de amparo interesan, la inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria al colegio demandante.

c) El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía dictó Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2001, en la que estimó íntegramente la demanda y en consecuencia condenó a la parte demandada a abonar al colegio demandante la cantidad de 150.000 pesetas en concepto de las cuotas colegiales reclamadas más los intereses legales desde la interpelación judicial.

La anterior Sentencia fue confirmada en apelación por Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, de 8 de junio de 2002.

3. En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo la recurrente alega, en síntesis, que las Sentencias impugnadas han vulnerado, en primer lugar, su derecho a la libertad de asociación, en su vertiente negativa (art. 22 CE), al no haber sido acogida por los órganos judiciales la excepción relativa a la falta de legitimidad constitucional de la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión de Secretario de