

14306 *Sala Primera. Sentencia 111/2003, de 16 de junio de 2003. Recurso de amparo 3485/98. Promovido por don Fernando Álvarez Fernández y otro frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Barcelona sobre ascenso a sargento en el servicio de extinción de incendios y salvamento.*

Vulneración de la libertad sindical: principio de prueba sobre la discriminación sufrida por candidatos de un sindicato en pruebas selectivas de ascenso. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3485/98, promovido por don Fernando Álvarez Fernández y don Manuel García Martínez, representados inicialmente por la Procuradora de los Tribunales doña María Llanos Collado Camacho, después sustituida por la Procuradora doña María Jesús Mateo Herranz, y asistidos por el Abogado don Alejandro Navarrete Arancibia, contra la Sentencia de 29 de mayo de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso núm. 1352/94), y contra la Resolución de 27 de mayo de 1994 del Ayuntamiento de Barcelona que dispuso el nombramiento de los seleccionados en un concurso-oposición para cubrir plazas de sargento del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento. Ha sido parte el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Avila del Hierro y asistido por la Abogada doña Rosa María Muñoz Rodón. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El día 28 de julio de 1998 se presentó ante este Tribunal por la Procuradora Sra. Collado Camacho, en nombre y representación de don Fernando Álvarez Fernández y don Manuel García Martínez, escrito promoviendo recurso de amparo contra la resolución judicial y el acto administrativo que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. De la demanda y de las actuaciones seguidas en el caso resulta lo siguiente:

a) Los demandantes de amparo son cabos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (Bomberos) del Ayuntamiento de Barcelona, y participaron en un concurso-oposición restringido que, sobre las bases aprobadas el 2 de abril de 1993 por la Comisión de Gobierno del citado Ayuntamiento, fue convocado para cubrir dieciocho plazas de sargento más las vacantes que se pro-

dujeran hasta su terminación. Terminadas las pruebas selectivas, los demandantes no fueron incluidos en la relación definitiva de aprobados. Contra este acto interpusieron recurso ordinario en vía administrativa. Desestimado presuntamente, formularon entonces recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

b) Admitido el recurso a trámite, los demandantes solicitaron en periodo de proposición de prueba, entre otras, la siguiente: «Prueba documental: Consistente en que se dirija mandamiento al Ayuntamiento de Barcelona para que aporte original de las actas de los exámenes realizados en el concurso oposición objeto del presente recurso, firmadas por los examinadores, documentos que han sido omitidos en el expediente presentado por el Ayuntamiento». La prueba se admitió en providencia de 22 de diciembre de 1995, para lo que fue expedido oficio al Ayuntamiento de Barcelona. En respuesta se recibió del Ayuntamiento una documentación correspondiente a «las actas de los exámenes realizados firmadas por los profesores». Los demandantes, entendiéndolo que el Ayuntamiento había remitido las notas y calificaciones finales y no los originales de las actas de los exámenes, reiteraron su petición probatoria, que fue acogida por el Tribunal Superior de Justicia en providencia de 6 de mayo de 1996. El Ayuntamiento contestó que las actas ya habían sido enviadas a la Sala, negando la existencia de otra documentación. La Sala entonces declaró concluso el proceso en providencia que los demandantes impugnaron en súplica, interesando se requiera la documentación al Ayuntamiento. La súplica fue desestimada por Auto de 28 de abril de 1997.

c) El proceso concluyó por Sentencia de 29 de mayo de 1998, que desestimó el recurso contencioso-administrativo. En su fundamento jurídico cuarto se razona:

«El escrito de demanda trasluce la desconfianza de los actores en la objetividad e imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal seleccionador, el Jefe del SEIS, a consecuencia de las críticas sobre el funcionamiento de este servicio vertidas por aquéllos y publicadas en la prensa en el periodo comprendido entre la convocatoria del concurso-oposición y el comienzo de su celebración. En tal sentido se le imputan unas manifestaciones excluyentes por las que se pregunta a unos testigos. De todos modos, ni cabe colegir de las actuaciones una animadversión de dicho miembro que desautorice su función calificadora, ni cabe olvidar que las decisiones colegiadas y unánimes del Tribunal fueron adoptadas cuando menos por cuatro de sus cinco componentes, en reuniones a las que asistía el observador de la Junta de Personal.»

La referida Sentencia finalizaba afirmando, en el fundamento jurídico sexto:

«Por lo demás, carecen de efectos invalidantes otros alegatos de los actores a la petición de revisión hecha por uno de los recurrentes, que efectivamente realizó el Tribunal, o la expulsión en una sesión del observador suplente de la Junta de Personal, habida cuenta de que esta persona no tiene cualidad de miembro del Tribunal, en contra de lo que parece sostener el escrito de demanda, o la ausencia del Presidente y de su suplente en todas las sesiones del Tribunal, porque éste quedó válidamente constituido a tenor de lo dispuesto en el art. 26.1 en relación con el art. 23.2, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación a su vez con el art. 73, último párrafo, del Reglamento de Personal al servicio de los entes locales, aprobado por Decreto 214/1990, de 30 de julio, que dispone que

el funcionamiento de los Tribunales calificadoros se adecúe a las normas propias de los órganos colegiados. No hay duda de que en ausencia del Presidente le sustituyó uno de sus miembros y de que en todas las sesiones estuvieron presentes todos menos aquél, incluido el Secretario, observándose por tanto el necesario quórum de constitución.»

3. Los demandantes promovieron recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional. Denuncian que tanto en el recurso ordinario como en la demanda judicial señalaron la vulneración del derecho fundamental del art. 28.1 CE, sin que la Sentencia objeto de impugnación le mencione, reduciendo lo argumentado a una mera desconfianza de los actores en la objetividad e imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal seleccionador, el Jefe del Servicio de Extinción. También omite la Sentencia que las críticas vertidas por el demandante don Manuel García Martínez lo fueron en su calidad de representante sindical. Finalmente, reduce la cuestión de la ausencia del Presidente del órgano selectivo y de su suplente a un asunto de falta de quórum, sin que se mencione que el sustituto del Presidente fue el criticado Jefe del Servicio, o que no consta en ninguna de las actas la persona que realizó las funciones de Presidente. En cuanto a la expulsión de un observador suplente, se omite que era representante sindical de Comisiones Obreras, y no se tiene en cuenta la facultad de corrección que al presidente le daba el sistema de calificación. Pese a que no se pudo conseguir los informes de los profesores con las notas de los demandantes, éstos afirman que el Jefe del Servicio aplicó unas medidas de homogeneización de criterios para poner notas finales a su gusto. Al no atender la Sentencia a lo realmente planteado —que los demandantes han sido discriminados por su pertenencia a un sindicato—, se les niega la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por otro lado, los demandantes consideran que se les ha lesionado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), pues no pudo llevarse a efecto una prueba documental propuesta y admitida, indispensable para demostrar la discriminación denunciada. En efecto, existían sospechas de que las notas propuestas por los examinadores en un primer momento fueron rebajadas sustancialmente por el órgano seleccionador. Sin embargo, pese a reiterados requerimientos, por el Ayuntamiento sólo fueron aportadas la relación con las notas finales, y la terca negativa a remitir al órgano judicial lo interesado provocó la indefensión de los demandantes.

La Sala sentenciadora habría vulnerado igualmente el art. 28.1 CE, pues no respetó la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la inversión de la carga de la prueba (STC 38/1981), ya que, aportado por los funcionarios demandantes un indicio razonable de que el acto que impugnan lesiona sus derechos fundamentales, incumbe a su autor, en este caso, a la Administración municipal (STC 202/1997), probar que la resolución obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito discriminatorio en el ámbito de la función pública. Como tales indicios se señalan: 1) el demandante don Manuel García Martínez, en su calidad de Secretario General de Comisiones Obreras en el Servicio de Extinción, emitió en los medios de comunicación unas críticas a la gestión del servicio y a la falta de medios; 2) lo anterior provocó las iras del Jefe del Servicio, Sr. López, quien llegó a afirmar que nadie de Comisiones Obreras sería Sargento, y concretamente no lo sería Manuel García Martínez, como se acreditó en el proceso por las declaraciones de dos testigos; 3) la discriminación se concretó en la manipulación de las calificaciones por parte del Jefe del

Servicio, favorecido por el sistema de evaluación que le permite modificar sustancialmente las notas propuestas por los examinadores —que nunca fueron conocidas por la Sala al negarse sistemáticamente el Ayuntamiento a aportarlas—, así como por la fuerza decisoria que le dio la ausencia del Presidente del órgano de selección y de su suplente, lo que le permitió, en ausencia del representante sindical, confeccionar una lista de aprobados en la cual no figurasen candidatos pertenecientes a Comisiones Obreras y, sobre todo, no figurase don Manuel García Martínez.

Concluyen solicitando una Sentencia que declare que a los demandantes se les han lesionado sus derechos a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías sin indefensión; y que se les restablezca en sus derechos, anulando la Resolución de 27 de mayo de 1994 del Ayuntamiento de Barcelona por la que se nombra a los diecinueve Sargentos seleccionados en el concurso-oposición restringido, así como la Sentencia de 29 de mayo de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaró conforme a Derecho la referida resolución municipal.

4. Por providencia de 22 de abril de 1999 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, y a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para que, en el plazo de diez días, procediera a la práctica de los emplazamientos pertinentes.

En providencia de la misma fecha, la Sección Segunda acordó formar pieza separada de suspensión para tramitar la solicitada por los demandantes de amparo, suspensión a la que se opuso el Ministerio Fiscal. Mediante Auto de 31 de mayo de 1999, la Sala Primera acordó no acceder a la suspensión solicitada.

5. En providencia de la Sala Primera de 31 de mayo de 1999 se tuvo por personado el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el Procurador Sr. Avila del Hierro, y se acordó dar vista a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de veinte días formularan las alegaciones que a su derecho convenga.

6. Por escrito de 30 de junio de 1999 los demandantes reiteran las alegaciones vertidas en el escrito de demanda.

7. El Fiscal, por escrito de 5 de julio de 1999, solicitó la estimación del recurso de amparo. Como cuestión previa destaca que los demandantes alegan incongruencia omisiva sin que hayan hecho uso del incidente de nulidad de actuaciones (art. 240 LOPJ), entendiéndose que debieron acudir a tal remedio, pues con ello hubieran dado al órgano judicial la oportunidad de emitir una respuesta sobre el derecho a la libertad sindical que ahora se invoca. En la Sentencia impugnada no se hace mención alguna a la libertad sindical, ni a la pertenencia de los demandantes a Comisiones Obreras, ni a la rueda de prensa que dio lugar al aserto pronunciado por el Jefe del Servicio —que sin duda constituiría un indicio susceptible de invertir la carga de la prueba—; el recurso contencioso-administrativo fue desestimado por cuestiones de índole técnica, sin mención alguna a los derechos fundamentales alegados. Ello lleva al Fiscal a entender que la respuesta judicial fue «corta» (*sic*), pues no fueron resueltos todos los pedimentos de los demandantes y

con cita de la STC 96/1999, sostiene que los planteamientos de las partes se integran no sólo por el *petitum* sino también por su *causa petendi*: en el presente caso la Sentencia no dio cumplida respuesta a todas las causas de pedir, sin que ello deba confundirse con las argumentaciones en que las mismas se fundan, quedando imprejuzgada la cuestión relativa a la discriminación sindical. Esta total falta de enjuiciamiento impide que el Tribunal Constitucional entre a considerar la posible violación del art. 28.1 CE. Y ello porque para que proceda la inversión del *onus probandi* es necesario que previamente se declare probada la existencia del indicio del trato discriminatorio (SSTC 38/1981, 37/1986, 47/1985, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 180/1994, 136/1996 y ATC 210/1998). Si el jefe del servicio afirmó ante testigos «el Jefe soy yo y no saldrá nadie de Comisiones Obreras», sin duda nos encontraríamos ante tal principio de prueba, que obligaría al Ayuntamiento a desvirtuarlo, acreditando que la adjudicación de los puestos de trabajo se debió a razones objetivas completamente ajenas a la pertenencia a dicho sindicato. Pero nada de ello se aborda en la Sentencia y no corresponde a este Tribunal declarar hechos probados [art. 44.1 b) LOTC]. La consecuencia de lo anterior no es otra que la de interesar del Tribunal el otorgamiento del amparo por la quiebra del art. 24.1 CE, dando ocasión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo a un expreso pronunciamiento sobre la alegada discriminación sindical. Concluye por ello interesando —caso de que no se aprecie el óbice de inadmisibilidad— que se dicte Sentencia otorgando el amparo.

8. El Ayuntamiento de Barcelona evacuó alegaciones mediante escrito de 30 de junio de 1999. Opone que en las bases de las pruebas selectivas, aprobadas en su día y no impugnadas, ya constaba como miembro del órgano de selección el jefe del servicio; y que tampoco ha quedado acreditada la relación causa-efecto entre la actuación del mencionado jefe y el hecho de que los demandantes no superaran el concurso-oposición. Del contenido de las actas de las sesiones del órgano no se acredita la discriminación de los demandantes, ni menos que esa supuesta discriminación sea debida a su condición de miembros de determinado sindicato. La Sentencia impugnada estima que las conjeturas de los recurrentes, sin prueba alguna, no pueden constituir la base de la afirmación de vulneración del derecho fundamental. Puntualiza el Ayuntamiento que el sistema de evaluación fue aplicado por igual a todos los aspirantes. Por otro lado, entiende que no ha existido una negativa de la Administración a la aportación de documentación: puntualmente se informó de su inexistencia, pues sólo existe la relación definitiva de notas firmada por los profesores obrante a los autos, por lo que los demandantes no pueden basar la vulneración de su derecho del art. 24.1 CE en la no aportación de un documento inexistente, ni se produce lesión del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. La prueba fue practicada y por la Sala sentenciadora se realizó toda la actividad necesaria. Cuestión distinta es que los recurrentes pretendieran que la prueba adoptara determinada forma —propuestas individuales de los distintos profesores—, cuando el documento aportado es único, con las notas otorgadas a todos los alumnos del curso firmadas por sus profesores. Finalmente, tras alegar que la Sentencia es razonable y motivada, el Ayuntamiento interesa que se deniegue el amparo solicitado.

9. Por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 1999 se tuvo por personada y parte, en represen-

tación de los demandantes de amparo, a la Procuradora Sra. Mateo Herranz en sustitución de la Procuradora Sra. Collado Camacho.

10. Por providencia de fecha 25 de mayo de 2003 se señaló el día 2 de junio siguiente para deliberación y fallo de la presente Sentencia, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. Conviene, ante todo, precisar el objeto de este amparo. La queja central de los demandantes, Sres. Alvarez Fernández y García Martínez, radica en que fueron discriminados por su pertenencia al sindicato Comisiones Obreras, con violación del art. 28.1 CE, mediante la Resolución del Ayuntamiento de Barcelona que no les incluyó en la relación definitiva de aprobados, en el concurso-oposición para proveer vacantes de Sargentos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (Bomberos) de la citada corporación municipal, acto administrativo confirmado por la Alcaldía de Barcelona al desestimar los recursos ordinarios promovidos por los mencionados demandantes, funcionarios del referido servicio con la categoría de Cabos. Tal queja la sustentan en un conjunto de hechos, a los que luego aludiremos, conformador, en su criterio, de un panorama indiciario de discriminación antisindical. La utilización de la vía judicial previa, cual es el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a tales actos, lejos de reparar la lesión del derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE, en el que basaron su pretensión de nulidad, ha venido a añadir una nueva lesión, en este caso de su derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, toda vez que la Sentencia de 29 de mayo de 1998 que puso fin a dicha vía impugnatoria, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimó el recurso contencioso-administrativo sin considerar ni atender al planteamiento de lesión del derecho de libertad sindical que constituía la causa petendi de la pretensión de nulidad de los funcionarios municipales recurrentes, y por ello sin efectuar juicio alguno de ponderación en el que se aplicase la regla de inversión de la carga de la prueba en orden a la alegada discriminación contraria a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

Nos encontramos, pues, ante un proceso de amparo constitucional en el que la lesión del derecho fundamental sustantivo se atribuye a la Administración municipal con apoyo en el art. 43 LOTC, y a ella se añade, en posición instrumental, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, desde la perspectiva del art. 44 LOTC, en cuanto se imputa a la referida Sentencia no solamente la falta de reparación del derecho fundamental de libertad sindical sino también la total inadecuación de la respuesta judicial al planteamiento fáctico y jurídico de los recurrentes, en tanto que afiliados al mencionado sindicato, y también en relación de instrumentalidad, la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, del art. 24.2 CE.

2. Frente al expuesto planteamiento de la demanda, el Ministerio Fiscal opone el motivo de inadmisión consistente en la no prosecución de todos los recursos utilizables en la vía judicial (art. 44.1.a LOTC), dado que tratándose —en su criterio— de una queja relativa a incongruencia omisiva cual es la imputada a la Sentencia de 29 de mayo de 1998, debió acudir a la vía del

incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ. De manera subsidiaria, el Fiscal propugna el otorgamiento del amparo, si bien con el limitado alcance, desde la perspectiva de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, de que la Sala sentenciadora emita nuevo pronunciamiento en el que considere y efectúe ponderación sobre el trato discriminatorio, por antisindical, sufrido por los funcionarios recurrentes y, en definitiva, sobre si la Administración municipal vulneró o no, al resolver el concurso-oposición restringido con exclusión de los recurrentes, el derecho de libertad sindical de aquéllos reconocido en el art. 28.1 de la Constitución.

Por su parte, el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona se opone en sus alegaciones al otorgamiento del amparo. Aduce para ello que no se ha acreditado en el proceso *a quo* la discriminación de los demandantes en razón de su militancia sindical. A tal efecto, y de modo complementario, alega que la concreta prueba documental pública, admitida por la Sala y cuya práctica en debida forma echan de menos los demandantes, se llevó a efecto por la corporación municipal en los términos que constan en las actuaciones y de manera cumplida.

3. No procede acoger el motivo de inadmisión que aduce el Ministerio Fiscal. La exigencia de acudir al incidente de nulidad de actuaciones del art. 240.3 LOPJ la funda dicha representación en que la queja de los demandantes, concerniente a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, implica imputar a la Sentencia dictada en vía contencioso-administrativa un vicio o defecto procesal de incongruencia omisiva. Sin embargo, con independencia de que ni en su escrito de demanda ni en las ulteriores alegaciones en este proceso constitucional los demandantes asignan tal calificación a su queja, no invocando en ningún momento esta calificación o *nomen iuris* de incongruencia omisiva, lo relevante es que el sustrato argumental de tal queja no puede reconducirse a este vicio procesal. En efecto, no se trata aquí de que la Sentencia omita determinado pronunciamiento respecto de alguna o algunas de las pretensiones ejercitadas en el proceso, evidenciando así una discordancia entre las pretensiones y el fallo recaído, es decir, una falta de respuesta judicial a concretas pretensiones de la parte, sino que, excediendo de tal planteamiento y trascendiendo de lo que constituye un simple vicio *in procedendo*, que eventualmente podría encontrar reparación por el propio órgano jurisdiccional a través del cauce abierto por el referido incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ antes citado), lo que aconteció en el presente caso es que planteada como *causa petendi* de la pretensión de nulidad de la actuación municipal una lesión del derecho fundamental de los recurrentes a la libertad sindical (art. 28.1 CE), y discurriendo la fundamentación de su demanda en torno a los datos que indiciariamente configuraban dicha vulneración, la Sala sentenciadora ni siquiera mencionó tal derecho fundamental ni en modo alguno vino a ponderarlo en relación con el planteamiento fáctico y jurídico introducido por los funcionarios recurrentes en el proceso administrativo, sino que decidió éste pura y simplemente con arreglo a consideraciones genéricas de cumplimiento de la legalidad (bases del concurso-oposición para provisión de dieciocho plazas de Sargento), desvinculándose por completo de las alegaciones y de la pretensión actora, sin efectuar ponderación alguna en torno a la vulneración del derecho fundamental que se invocaba como lesionado por los actos administrativos del Ayuntamiento de Barcelona.

Debemos concluir, por ello, que el referido incidente de nulidad de actuaciones instaurado por el art. 240.3 LOPJ no puede tenerse, en el caso presente, como «un remedio procesal susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter o naturaleza para tutelar o dar reparación al derecho fundamental que se considere vulnerado» (STC 5/2003, de 20 de enero, FJ 2), sin que en consecuencia vinieran obligados los demandantes a su utilización como vía judicial previa al amparo constitucional. Procede, en fin, rechazar la inadmisión propuesta por el Ministerio Fiscal.

4. La circunstancia de que en la vía judicial previa (recurso contencioso-administrativo) no se haya obtenido, en rigor, una respuesta sobre la pretensión de fondo atinente a la declaración de que la resolución municipal decisoria del concurso-oposición lesionó el derecho fundamental de los funcionarios recurrentes a la libertad sindical (art. 28.1 CE), no impide que este Tribunal enjuicie prioritariamente este aspecto sustantivo de la eventual vulneración del mencionado derecho fundamental cuya protección, no dispensada por la jurisdicción ordinaria, se impetra en este proceso constitucional de amparo. En tal sentido, este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en casos semejantes, que la utilización de la vía judicial previa deja expedito el cauce del recurso de amparo, cuando la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de aquella venga fundada en estimaciones procesales o en pronunciamientos sobre el fondo, «pues la vía judicial previa ha cumplido su finalidad en ambos casos» (STC 114/2002, de 20 de mayo, FJ 1, con cita de las SSTC 35/1987, 18 de marzo, 47/1990, de 20 de marzo, y 363/1993, de 13 de diciembre). En fecha más reciente, la STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 2, ha insistido en este criterio, según el cual «como hemos declarado en anteriores ocasiones, la cuestión debe reconducirse a reconocer que la Sentencia impugnada en amparo agota la vía judicial precedente, en los términos establecidos en el art. 43.1 LOTC, no siendo necesario que este Tribunal efectúe un pronunciamiento expreso sobre la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a que se contrae la primera queja de la recurrente (por todas, STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 2.b y 3)».

5. Así las cosas, nuestro análisis ha de comenzar por recordar, tal como se hizo en las SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4, y 30/2000, de 31 de enero, FJ 2, 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 (STC 17/1996, de 7 de febrero).

Como una medida necesaria y apropiada para salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores

—que trasciende del ámbito puramente procesal (STC 84/2002, de 22 de abril, FJ 2)—, hemos venido declarando desde la mencionada 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): 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, y 48/2002, de 25 de febrero, FJ 5).

No es ocioso recordar que también la Administración pública, «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.

6. Es momento ya de determinar si los funcionarios municipales demandantes en amparo aportaron a las actuaciones del recurso contencioso-administrativo un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama indiciario del que surgiera, de modo razonable, la vehemente y fundada sospecha de una discriminación antisindical, por razón de su pertenencia al sindicato Comisiones Obreras (STC 140/1999, de 22 de julio, FJ 5), pues, sólo en caso afirmativo, ha de entrar en juego para garantizar el derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE, la regla procesal sobre la distribución de la carga de la prueba en los términos de la doctrina expuesta.

A tal efecto, hemos de partir de que los demandantes en amparo alegaron en el proceso *a quo* concretas y determinadas circunstancias fácticas que, a su juicio, eran reveladoras de una discriminación antisindical, por razón de su militancia en el aludido sindicato, y que de manera pormenorizada señalaron, tales como las siguientes: a) que experimentaron, en el procedimiento selectivo, una excesiva y notoria disminución de puntuación desde las pruebas teóricas a las de carácter práctico; b) la constante presencia y preeminencia en el órgano de selección del jefe del servicio Sr. López, a quienes los demandantes le atribuyen unas manifestaciones de claro signo discriminatorio, tales como que ningún miembro del sindicato Comisiones Obreras accedería a la categoría de Sargento del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento mientras dicho jefe se mantuviera en su puesto al frente del servicio; c) estas declaraciones se produjeron a raíz de unas determinadas críticas sobre dicho servicio, vertidas en los medios de comunicación por dos miembros de Comisiones Obreras, entre los que se encontraba el Sr. García Martínez, en su calidad de Secretario de la sección sindical; d) la expulsión del recinto en que se desarrollaba una de las pruebas, ordenada por el mencionado jefe del servicio, de un miembro suplente del órgano de selección, también afiliado al referido sindicato, y e) el favorecimiento de otros aspirantes no pertenecientes a Comisiones Obreras, mediante el reconocimiento, en el procedimiento selectivo, de un título deportivo como si fuera de carácter profesional.

Pues bien, teniendo presentes los datos aportados a las actuaciones, hemos de concluir en la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la denunciada discriminación antisindical.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que si bien las críticas vertidas en los medios de comunicación sobre el funcionamiento del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento en ejercicio de la acción

sindical, en sí mismas y en cuanto «factor protegido», no pueden tenerse como un indicio de vulneración que por sí solo desplace hacia el Ayuntamiento demandado la obligación de probar la legitimidad constitucional de su acto, sin embargo sí que ha de tenerse por relevante para la conformación del panorama indiciario la correlación y proximidad temporal (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 214/2001, de 29 de octubre; 84/2002, de 22 de octubre) entre la difusión de las declaraciones en los medios de comunicación y la resolución de las pruebas selectivas en las que fueron excluidos los demandantes. A lo que ha de añadirse que las expresiones excluyentes atribuidas al jefe del servicio y por cuya veracidad se preguntó a los testigos —asumiendo la Sentencia la veracidad de tales testimonios—, se referían precisamente a don Manuel García Martínez, Secretario de la sección sindical de Comisiones Obreras, a la que pertenece igualmente el otro demandante.

Finalmente, no cabe olvidar el dato relevante de la presencia en el Tribunal calificador del jefe del servicio Sr. López, y su posición como Presidente de facto del mismo, en sustitución del Presidente y de su suplente, con la consiguiente influencia en el seno del órgano de selección y, singularmente, en el procedimiento aplicativo de las evaluaciones de los participantes en los ejercicios prácticos de la fase primera del curso selectivo y, por ende, en el resultado de las calificaciones finales o definitivas asignadas a los Cabos participantes en el concurso-oposición restringido. A ello ha de añadirse la no aportación al proceso por el Ayuntamiento de Barcelona de la prueba propuesta y admitida relativa a las notas e informes técnicos de los profesores examinadores, en lo concerniente a la citada fase del curso selectivo, que hubiera permitido contrastar estas iniciales notas o calificaciones con las posteriormente asignadas por el órgano de selección.

El conjunto de circunstancias reseñadas es suficiente para fundar un razonable panorama indiciario de discriminación contrario a la libertad sindical de los demandantes en amparo (art. 28.1 CE) que, al traspasar el umbral mínimo de los indicios, produce el desplazamiento de la regla sobre el *onus probandi* hacia la Administración municipal demandada, siéndole exigible a ésta la carga de aportar datos y razones objetivas en cuya virtud se justifique la decisión de excluir a ambos demandantes de la relación de participantes que superaron el procedimiento selectivo, haciendo así patente que la misma se apoya en causas objetivas y ajenas por completo a la aparente discriminación antisindical.

7. Procede, por lo tanto, que nos pronunciemos acerca de si las alegaciones efectuadas en el proceso *a quo* por el Ayuntamiento de Barcelona constituyen suficiente motivación, desde la perspectiva del art. 28.1 CE, para considerarlas como una «justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental (STC 84/2002, de 22 de abril, FJ 6)», según los términos de la STC 114/2002, de 20 de mayo.

Pues bien, las razones aducidas al efecto por el citado Ayuntamiento no pueden ser más escuetas ni genéricas. Tras alegar en la contestación a la demanda un motivo de inadmisibilidad que no llegó a prosperar (por sostener que se impugnaba un acto de trámite), respecto de la cuestión de fondo se limitaba el representante de la mencionada corporación municipal a aducir que los criterios de valoración habían sido aplicados por igual a todos

los aspirantes, y a poner de manifiesto la doctrina jurisprudencial reiterada sobre la presunción de validez de los resultados calificadoros de las pruebas de selección en materia de función pública, presunción no destruida, argüía, por las alegaciones de la parte actora; sin hacer siquiera mención a las que ésta había expresado sobre los concretos indicios de aparente vulneración del art. 28.1 CE en su escrito de demanda. Por lo que atañe a las alegaciones efectuadas en este proceso constitucional de amparo, el comparecido Ayuntamiento de Barcelona se limita a negar la relación de causa-efecto entre la actuación del jefe del servicio Sr. López y el hecho de no superar los recurrentes el concurso-oposición, afirmando sin más que el contenido de los actos no acredita la pretendida discriminación contraria a la libertad sindical.

En vista de lo expuesto, hemos de concluir que la mencionada corporación municipal no ha contrarrestado eficazmente el panorama indiciario de trato discriminatorio antisindical aportado por los funcionarios recurrentes, de tal manera que el acto administrativo decisorio del concurso-oposición restringido para proveer dieciocho plazas de Sargentos, adscritos al Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento, en el que se excluyó a los demandantes de amparo, se halla carente del suficiente y adecuado respaldo de razones objetivas y ajenas a cualquier móvil discriminatorio, con entidad bastante para legitimar constitucionalmente la indemnidad del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) que los recurrentes invocan como vulnerado.

Se impone, en consecuencia, el otorgamiento del amparo, por vulnerar la resolución administrativa municipal el mencionado derecho fundamental, sin que la Sentencia dictada el 29 de mayo de 1998 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña procediese a la reparación del derecho fundamental lesionado.

8. Procede, finalmente, determinar el alcance del fallo estimatorio del presente recurso de amparo. En principio, y conforme dispone el art. 55.1 LOTC, junto al reconocimiento del derecho fundamental vulnerado [apartado b) del mencionado precepto], el fallo estimatorio debería incorporar el pronunciamiento contenido en el apartado a) de la referida norma, es decir, la declaración de nulidad no solo de la citada Sentencia, que no reparó la lesión de la libertad sindical conculcada, sino también del acto administrativo decisor del concurso-oposición en el que originariamente se causó la referida vulneración constitucional, es decir, de la Resolución del Ayuntamiento de Barcelona de 27 de mayo de 1994, por la que efectuó el nombramiento de diecinueve Sargentos (dieciocho plazas de la convocatoria más una vacante durante su transcurso), excluyendo a los demandantes de amparo Sres. Álvarez Fernández y García Martínez, de dicho nombramiento, siendo así que tal pronunciamiento es solicitado por éstos en el apartado b) del suplico de su escrito de demanda, que extiende la pretensión de nulidad al acto administrativo de referencia.

Ahora bien, el citado art. 55.1 de nuestra Ley Orgánica, relativo a los pronunciamientos de los fallos estimatorios del amparo constitucional, permite una cierta flexibilidad en su aplicación, mediante la incorporación de modulaciones al alcance de tales pronunciamientos en función de las circunstancias presentes en cada caso. Así lo ha entendido este Tribunal que en la STC 136/1989, de 19 de julio, FJ 4, declaró: «El art. 55.1 permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado,

sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección».

Debemos pues, en el presente caso, atender a este criterio de flexibilidad y modular el alcance de nuestro pronunciamiento de nulidad, sin extender ésta a la resolución municipal antes citada, por la que desde el año 1994 fueron promovidos a la categoría de Sargentos del mencionado servicio municipal diecinueve funcionarios, que han venido desde entonces prestando servicios en dicha categoría, y sometidos al régimen jurídico propio de la misma en cuanto a derechos retributivos y de otra índole en su situación funcional. Ello es así, por cuanto una anulación de su nombramiento vendría a incidir en la esfera jurídica de quienes no han sido parte en el recurso contencioso-administrativo (no fueron codemandados en el mismo) ni en este proceso constitucional, afectando a una situación jurídica consolidada por el transcurso del tiempo y habiendo sido ajenos a la lesión del derecho de libertad sindical determinante del pronunciamiento invalidatorio. Debemos, por tanto, constreñir la declaración de nulidad a la resolución judicial impugnada en este recurso de amparo.

Ello no obstante, y a efectos del adecuado restablecimiento en su integridad del derecho fundamental reconocido a los demandantes de amparo, procede, situados en el pronunciamiento del art. 55.1.c LOTC, que el Ayuntamiento de Barcelona adopte las medidas apropiadas a fin de que aquéllos tengan la posibilidad de acceder a la categoría de Sargentos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento al que pertenecen, instrumentando a tal efecto los procedimientos o medidas que la mencionada corporación municipal reputa más adecuados para lograr dicha finalidad reparadora.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Fernando Álvarez Fernández y don Manuel García Martínez y, en consecuencia:

1.º Reconocer a los demandantes su derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2.º Anular la Sentencia dictada el 29 de mayo de 1998 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1352/94.

3.º Restablecer a los demandantes en su derecho fundamental vulnerado, a cuyo fin el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona adoptará las medidas más apropiadas en los términos del último fundamento jurídico de esta Sentencia.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de junio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, a la Sentencia recaída en el recurso de amparo número 3485/98

1. Manifiesto la máxima consideración y respeto al criterio de la mayoría, pero me veo obligado a discrepar de la Sentencia haciendo público el presente Voto particular, que formulo al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 de nuestra Ley Orgánica.

Asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando pone de manifiesto (antecedente de hecho 7) que los recurrentes debieron plantear el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ antes de acudir a esta vía de amparo. Al no haberlo hecho, el recurso ha devenido inadmisibile por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [(art. 50.1.a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC]. Debimos acoger esta causa de inadmisión en nuestra Sentencia, que debió desestimar el recurso al apreciarla o, si se prefiere, fallar declarándolo inadmisibile, según es costumbre en la jurisprudencia de los últimos años de este Tribunal.

2. Es importante tener presente que el incidente de nulidad de actuaciones ha sido establecido por la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 1997, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el designio, que explicita su Exposición de Motivos, de plantear en términos más razonables el desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución para la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales por cauces preferentes y sumarios. En efecto, el incidente de nulidad —y en la misma línea se orienta el recurso extraordinario por infracción procesal que diseña la nueva LEC— se ha introducido en nuestro sistema procesal como un trámite adecuado para tratar la incongruencia de un fallo judicial así como los vicios que generan indefensión, equilibrando adecuadamente las competencias de este Tribunal y las de los Tribunales ordinarios en sus competencia sobre el amparo constitucional y el amparo ordinario. En este caso el incidente habría permitido a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya pronunciarse debidamente sobre el derecho fundamental de los recurrentes a la libertad sindical, reparando la incongruencia en que, como veremos, incurrió la sentencia de 29 de mayo de 1998, que se ha impugnado en este amparo (SSTC 8/1993, de 18 de enero, FJ 2, 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5, 71/2000 de 13 de marzo, FJ 3). Es obligado tratar siempre con rigor procesal la cuestión del agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo con el fin de respetar el carácter subsidiario de este recurso y evitar que, *per saltum*, se acceda a él, con un evidente riesgo de extralimitación de los límites que la Ley marca a nuestra jurisdicción de amparo. Esta nunca debe invadir el terreno de apreciación de los hechos que compete constitucionalmente a los Jueces y Tribunales ordinarios. En contra de lo que sostiene la Sentencia (FJ 3 *in fine*), el incidente de nulidad del art. 240.3 LOPJ no sólo era un remedio procesal susceptible de ser utilizado en el caso que nos ocupa sino la condición imprescindible para poder otorgar el amparo, sin desbordar los límites de la jurisdicción que nos atribuye la Constitución y la LOTC. La sentencia ha creído innecesario que se cumpliera esa condición.

3. Basta una lectura atenta del primer párrafo del fundamento de derecho tercero de la sentencia para apreciar que, en contra de lo que argumenta, la sentencia recurrida en amparo sí incurrió en vicio de incongruencia.

En efecto la sentencia se funda, para negarlo en dos argumentos. En primer lugar pone de relieve que los

recurrentes no esgrimieron el vicio de incongruencia con dicho *nomen iuris* ni en la demanda de amparo ni en sus alegaciones ulteriores. Concuero con la mayoría en que la invocación formal del término «incongruencia», el de «incongruencia por omisión» (o, si se prefiere, el de «incongruencia por desviación») es irrelevante a los fines que nos importan. La mayoría razona no obstante, en un segundo y decisivo argumento, que la sentencia impugnada llevó a cabo «consideraciones genéricas de cumplimiento de la legalidad (bases del concurso-oposición para provisión de dieciocho plazas de Sargento), desvinculándose por completo de las alegaciones y de la pretensión actora, sin efectuar ponderación alguna en torno a la vulneración del derecho fundamental que se invocaba como lesionado por los actos administrativos del Ayuntamiento de Barcelona» (sic en FJ 3, penúltimo párrafo). Si a eso se añade que la propia Sentencia nos ofrece como elemento de contraste de la respuesta judicial que la *causa petendi* de la pretensión de nulidad de la resolución del Ayuntamiento de Barcelona que resolvió el concurso-oposición restringido era que se había producido una lesión del derecho fundamental de los recurrentes a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y que la sentencia ni siquiera menciona tal derecho —lo que es cierto— creo que puede afirmarse la existencia del vicio de incongruencia.

4. El análisis de la demanda de amparo aquí presentada me confirma en la conclusión a la que acabo de llegar. En la demanda se aprecia sin esfuerzo que nos advierten los demandantes de las omisiones en que entienden ha incurrido la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Así, se afirma en el hecho primero, (párrafo segundo de la página dos de la demanda) lo siguiente: «La sentencia que es objeto de este recurso no hace mención alguna a lo planteado en cuanto a la discriminación por pertenencia a determinado Sindicato». Se reitera tal aseveración en la siguiente página en cuyo tercer párrafo se vuelve a afirmar: «En el olvido total de la discriminación que se denunció en la demanda.», finalizando dicho hecho primero denunciando que: «Al no atender el Tribunal, en la sentencia impugnada, lo planteado por los demandantes en cuanto a que han sido discriminados por su pertenencia a un sindicato determinado, viola lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE, pues les niega la tutela efectiva y al tratarse de un derecho fundamental el no atendido —libertad de sindicación— lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (28.1 CE)». De esta manera, no me parece que pueda discutirse con consistencia que los demandantes dedican el hecho primero (de los tres que consta su demanda) a poner de manifiesto omisiones en que ha incurrido la Sala sentenciadora, omisiones que a los demandantes les merecen sin duda relevancia constitucional al derivar de ellas la vulneración del derecho que les otorga el art. 24 CE. A lo anterior, se une la propia jurisprudencia citada por los demandantes al final del hecho primero, en el que citan la STC 55/1983, dictada el 26 de junio de 1983 (fecha en la que, recordemos, no existía todavía el incidente de nulidad de actuaciones previsto hoy en el art. 240.3 LOPJ) y en cuya virtud se acordó retroacción de actuaciones a fin de que el órgano judicial se pronunciase sobre determinadas discriminaciones que habiendo sido alegadas, no habían merecido respuesta por éste.

Finalmente, en el examen de la demanda de amparo presentada puede calificarse como revelador a los efectos aquí analizados el párrafo con el que inicia su andadura el hecho tercero: «Al negarse, por omisión, el órgano

jurisdiccional a pronunciarse acerca de la denuncia de discriminación por la pertenencia de mis representados a Comisiones Obreras como se expone en el hecho primero, no sólo se infringe el artículo 24.1 CE que reconoce el derecho de todos a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que también se viola el derecho a la libertad de sindicación recogido en el artículo 28.1 de la Constitución Española.». De la manera mostrada, se me aparece como evidente que los hoy demandantes entienden, y así nos lo denuncian, que la sentencia impugnada incurrió en omisiones, considerando las mismas generadoras de lesiones de los dos derechos que aparecen denunciados en la demanda y que en definitiva me resulta difícil negar que conforman, a tenor del suplico de la demanda, su *causa petendi*, como también ha entendido el ya citado fundamento jurídico 3 de la Sentencia.

5. Puesta de manifiesto la queja formulada por los demandantes de amparo, me resta por precisar su realidad y, posteriormente, su verdadera naturaleza. Para la primera tarea resulta necesario acudir a las actuaciones que, bajo la denominación recurso núm. 1352/94, tuvieron lugar ante la Sala de lo contencioso administrativo de Catalunya y que finalizaron por medio de la sentencia que se nos denuncia (si bien no utilizando formalmente dicha terminología) como incongruente. Pues bien, examinada la demanda presentada ante dicho órgano judicial y la respuesta dada por éste, se aprecia tal como se sostiene en la demanda de amparo, que el órgano judicial no tuvo a bien dedicar ninguno de sus siete escuetos fundamentos de derecho a dar respuesta alguna a los demandantes sobre las dos vulneraciones que de sus derechos fundamentales habían llevado a cabo en la mencionada demanda, y ello a pesar de ser constantes las invocaciones al derecho de igualdad y al derecho a sindicarse libremente tal como se aprecia del último párrafo del hecho tercero, fundamento de derecho segundo, o el punto de hecho segundo contenido en el otrosí digo sobre el que solicita el recibimiento del pleito a prueba.

Una vez comprobada la realidad puesta de manifiesto en la propia demanda de amparo, procede indagar su verdadera relevancia a efectos del art. 240.3 LOPJ. Dicha labor, considero, se ha de realizar vinculándonos a la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo en miles de resoluciones judiciales ya que, aunque el Tribunal Constitucional trascienda la legalidad ordinaria está vinculado por ella y no puede, a mi juicio, desconocerla ni desvirtuarla apartándose de una interpretación común de la que participa nuestra comunidad jurídica.

Si así es, será preciso recordar que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de responder y respetar las pretensiones que las partes les dirigen oportunamente en el proceso incurriendo, en otro caso, en el vicio procesal de incongruencia, condensado en el axioma *ne eat iudex ultra petita partium*.

En efecto, desde las Sentencias constitucionales 20/1982, 14/1984, 14/1985, 77/1986 y 90/1988 una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio, en forma paralela a lo declarado por la jurisprudencia ordinaria, como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium* (por todas, SSTC 90/1988 de 13 de mayo

y 111/1997 de 3 de junio) cuyos contornos han decantado secularmente los tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Como ya declaró la STC 222/1994, FJ 2, de 18 de julio, el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre la parte dispositiva de la resolución de que se trata y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la *causa petendi* y el *petitum*. Debe tenerse presente que el requisito de la congruencia, que estableció el artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil en 1881, se exige hoy en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y tiene aplicabilidad en todos los órdenes jurisdiccionales, extendiéndose, por ello, a las sentencias del orden contencioso administrativo (SSTC 27/2002 de 11 de febrero, 124/2000 de 16 de mayo). Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos nos conduce de modo obligado de acuerdo con la realidad antes analizada a apreciar la existencia de una incongruencia por desviación, denunciada en la demanda de amparo en los términos anteriormente expresados, y que sin ser así calificada por los demandantes, se desprende nítidamente de la misma y de su falta de respeto de la *causa petendi*, como antes hemos puesto de manifiesto. Aunque fuera posible subsumir el vicio expuesto en una incongruencia por omisión de pronunciamiento el resultado sería equivalente: Todos los supuestos de incongruencia pueden ser corregidos por la vía del art. 240.3 LOPJ.

6. El vicio de incongruencia aquí apreciado no se trató de subsanar a través del correspondiente incidente nulidad de actuaciones, a pesar de que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 240.3 LOPJ se puede reparar, como acabamos de decir, cualquier clase de incongruencia, tal y como vienen entendiéndose hasta ahora los Tribunales del orden contencioso-administrativo, dando al órgano judicial la oportunidad de remediar la lesión que aquí se nos ha invocado y aunque se residencia, ciertamente, en el art. 28 CE que consagra el derecho a sindicarse libremente imputándose la lesión a un acto de la Administración municipal, también lo es que son los órganos judiciales los que tienen encomendado, en primer término, en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades (STC 61/1983, de 11 de julio, FJ 2). De este modo pienso que los demandantes han malogrado en forma fatal el agotamiento de la vía judicial ordinaria al no hacer uso del incidente de nulidad de actuaciones; les resulta de aplicación aquella doctrina de este Tribunal que llega a igual conclusión cuando se trata de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental (SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 110/2001, de 7 de mayo, FJ 1). La exigencia de agotar la vía judicial previa no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por una interpretación sedicentemente antiformalista del precepto que la contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el muy delicado sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (art. 117.3 CE) y para no desnaturalizar y sobrecargar (*overload*) tampoco la función jurisdiccional propia de este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC; SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2).

Soy consciente de que existe una interpretación que defiende la posibilidad de que el Tribunal de amparo levite, por así decirlo, sobre la legislación ordinaria para,

elevándose sobre ella, dirigirse hacia donde se atisbe la violación de un derecho fundamental. Creo, con todo respeto, que dicha posición es discutible desde un punto de vista procesal. La subsidiariedad del recurso de amparo comporta que deban ser los órganos de la jurisdicción ordinaria los llamados primariamente a resolver las violaciones de los derechos fundamentales; sólo se puede abrir la vía del amparo ante nosotros cuando, utilizados, en tiempo, forma y por su orden, los medios procesales adecuados no se obtiene el remedio a dichas violaciones. Los resultados del criterio que aplicamos ahora en nuestra jurisprudencia actual, y del que discrepo, llevan a una indudable sobrecarga del amparo del art. 24 CE en detrimento de la misión que el artículo 53.2 de la Constitución encomienda a los Tribunales ordinarios.

7. Por otro lado, la sentencia no ha actuado con rigor procesal. Así se desprende de una simple lectura del sexto de sus fundamentos y se muestra al observar que llega a considerar como hechos probados alegaciones de parte, que la Sala jurisdiccional no apreció en ningún momento. Así (F J 6 *in fine*) no tiene dudas al afirmar, con el único soporte de los datos alegados por los interesados en las actuaciones, que es posible aseverar «la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la denunciada discriminación sindical» (*sic*). Ningún dato objetivo en la vía judicial sirve como apoyo de dicha afirmación, marcadamente voluntarista.

La Sentencia de la mayoría contradice, así nos lo advirtió expresamente el Fiscal (antecedente 7 *in fine*), el art. 44.1 b) *in fine* LOTC. Dicho precepto nos prohíbe entrar a conocer, en ningún, caso de los hechos que dieron lugar al proceso judicial. La Sentencia desconoce tal prohibición y cruza claramente la línea que separa un Tribunal Constitucional de una Sala de Justicia en el orden contencioso. Pero es que además, se cruza dicha línea fundándose, única y exclusivamente, en simples alegaciones de parte que —entiende— serían reveladoras de discriminación antisindical. Tales alegatos se encuentran ayunos de todo soporte en la vía judicial.

En este sentido, reiterando mi consideración y respeto a la mayoría, emito mi Voto particular en Madrid, a dieciséis de junio de dos mil tres.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

14307 *Sala Primera. Sentencia 112/2003, de 16 de junio de 2003. Recurso de amparo 4304/98. Promovido por don José María Rocés Vigil frente a las Sentencias de un Juzgado de Instrucción de Alcorcón y de la Audiencia Provincial de Madrid sobre lesiones por un accidente de circulación.*

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad: la revocación del archivo de una instrucción penal carece de fuerza de cosa juzgada sobre la Sentencia penal; cuantía de la indemnización, por lesiones causadas en accidente de tráfico, en aplicación de los baremos legales sobre días de baja impeditivos (STC 181/2000).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Pre-