

sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras. Lo que no puede admitirse en virtud del art. 25.1 CE» (STC 26/2005, FJ 4); sin que de la naturaleza de la relación existente entre el concesionario de la expendedoría y el Estado pueda derivarse «fundamento alguno para que la infracción por la que se sancionó, carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE» (STC 26/2005, FJ 5). Procede remitir en lo demás a la fundamentación de la citada STC 26/2005, de 14 de febrero.

Como también se declaró en la STC 26/2005 (FJ 2), la estimación de las pretensiones formuladas con apoyo en el art. 25.1 CE no debe conducir, sin embargo, a la declaración de nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, dado que dicha Sentencia «no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino que se limitó a inadmitir el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia por insuficiencia de la cuantía –aunque el asunto se había tramitado como de cuantía indeterminada–, sin confirmar, en puridad, la resolución judicial impugnada, salvo como efecto de la mera declaración formal de que no procedía el recurso de casación. Ningún reproche puede dirigirse a la decisión de inadmisión del Tribunal Supremo –que sólo aplicó la legislación procesal relativa a la admisibilidad del recurso de casación– desde la perspectiva del principio de legalidad sancionadora».

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 parcialmente el recurso de amparo promovido por doña Begoña Alonso Salazar y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de la recurrente en amparo a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Resolución de la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos de 5 de junio de 1991 y de la Resolución del Subsecretario de Economía y Hacienda de 21 de octubre de 1991; así como de la Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 1994, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo núm. 2426-1991.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de abril de dos mil cinco.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Roberto García-Calvo y Montiel.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 4140-2001, al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, discrepo del fallo estimatorio del recurso de amparo a que se ha llegado en esta Sentencia y justifico este Voto particular en el sentido siguiente.

Mi Voto particular coincide con el formulado en los recursos de amparo núm. 3621-2001, en el que dictó la Sala la STC 26/2005, de 14 de febrero, y núm. 6842-2000, en el que dictó la Sala la STC 54/2005, de 14 de marzo, a los que ahora me remito íntegramente. Como en aquellos

casos, mi discrepancia se centra exclusivamente en las consecuencias que la Sentencia extrae en cuanto al alcance de las garantías del art. 25.1 CE a partir de la especial relación existente entre el concesionario de la expendedoría y el Estado. Y, como en aquellos casos ocurría, este desacuerdo implica que el fallo hubiera debido ser, a mi juicio, desestimatorio.

Desde mi punto de vista, la Sentencia admite la existencia de una relación especial que unía a la titular de la concesión con la Administración «con independencia de cómo se denomine la relación». De hecho, la titularidad de un establecimiento de expendedoría de tabacos exige la correspondiente concesión, y es pacífico en la doctrina que los concesionarios están sometidos a una relación de sujeción especial. El Tribunal Supremo expresamente lo ha reconocido en relación con los expendedores de tabaco en STS de 24 de julio de 2000.

En esta situación, reitero nuevamente mi opinión de que el canon aplicable debe ser el que hemos establecido para este tipo de relaciones especiales, en las que, como se concluía en la citada STC 219/1989, FJ 3, la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia sancionadora aparece especialmente justificada, aunque siempre con el límite de que una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 CE.

De este modo, sin perjuicio de que también en estos supuestos lo deseable es que las normas sancionadoras alcancen el canon de cobertura legal que, con carácter general exige el art. 25.1 CE, esto es, que la ley sancionadora contenga los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, no puede afirmarse, sin embargo, según mi criterio, que la sanción impuesta en el caso que analizamos, en que existía una base normativa legal que habilitaba al Gobierno para establecer el régimen de infracciones, no encajara razonablemente dentro de la modulación del derecho a la legalidad sancionadora que se produce en el ámbito de estas relaciones administrativas especiales.

Por estas razones, considero que lo procedente hubiera sido la desestimación del amparo.

Madrid, a dieciocho de abril de dos mil cinco.–Roberto García-Calvo y Montiel.–Firmado y rubricado.

8270

Sala Segunda. Sentencia 92/2005, 18 de abril de 2005. Recursos de amparo 2156-2002 y 4720-2002 (acumulados). Promovidos por don Pedro Manuel Rubio Nicolás respecto a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de un Juzgado Central que desestimaron su demanda contra el Director del Centro Penitenciario de Melilla sobre reintegro de indemnización de residencia.

Vulneración del derecho a la libertad sindical: menoscabo económico por razón de la actividad sindical en Murcia de un funcionario con destino en Melilla (STC 191/1998). Voto particular.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo núm. 2156-2002 y 4720-2002, promovidos por don Pedro Manuel Rubio Nicolás, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Martínez Martínez y asistido por el Letrado don Santiago Alejo Morales, contra, respectivamente, la Sentencia de 25 de enero de 2002 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de 15 de octubre de 2001 dictada en el procedimiento abreviado núm. 102-2001 y contra la Sentencia de 27 de junio de 2002 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación que revocó la Sentencia favorable al recurrente del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de 15 de octubre de 2001 en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, y que tuvieron ambas por objeto la impugnación de la Resolución del Director del Centro Penitenciario de Melilla de 26 de marzo de 2001 que desestima el recurso administrativo interpuesto contra la Resolución de 21 de diciembre de 2000 por la que se acordaba reclamar al recurrente el reintegro de 2.437.638 pesetas, por considerar vulnerado el derecho de libertad sindical. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por medio de escritos sucesivos registrados en este Tribunal el 9 de abril y 29 de julio de 2002, doña Beatriz Martínez Martínez, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Pedro Manuel Rubio Nicolás, interpuso sendos recursos de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de la Sentencia.

2. Los dos escritos se basan en los mismos hechos que pueden sintetizarse así:

a) Don Pedro Manuel Rubio Nicolás es funcionario del cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, con destino en Melilla desde el día 21 de febrero de 1996, y por dicho destino tenía derecho a percibir la correspondiente indemnización por residencia.

b) Por Resolución de 30 de marzo de 1996 el Director General de la Función Pública concedió al actor permiso para la realización a tiempo completo de funciones sindicales en Melilla en la estructura del sindicato CSI-CSIF en virtud del «Pacto celebrado entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales de UGT y CSI-CSIF sobre elaboración de relaciones de puestos de trabajo, participación sindical en resoluciones de concursos, plan de trabajo en la Mesa General de Negociación para la Administración del Estado y permisos para la realización de funciones sindicales» suscrito el 13 de mayo de 1988. El sindicato comunicó a la Dirección General de la Función Pública el 12 de abril de 1996 que trasladaba a don Pedro Manuel Rubio Nicolás de Melilla a Murcia por necesidades internas. El traslado se realizó y el demandante de amparo continuó recibiendo la indemnización por residencia hasta el mes de marzo de 2000.

c) El 21 de diciembre de 2000 el Director del Centro Penitenciario de Melilla, por delegación del Ministro del Interior, dictó Resolución en la que se acordó reclamar a don Pedro Manuel Rubio Nicolás el reintegro de 2.437.638

pesetas correspondientes al importe de esa indemnización desde que dejó de residir en Melilla.

d) Don Pedro Manuel Rubio Nicolás interpuso recurso administrativo contra esta resolución que fue desestimado por otra de 26 de marzo de 2001.

e) Contra las aludidas resoluciones y solicitando que se declarase también el derecho a continuar percibiendo la indemnización por residencia, don Pedro Manuel Rubio Nicolás interpuso dos recursos contencioso-administrativos.

f) El primero se siguió por los trámites del procedimiento abreviado ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 dando lugar a la Sentencia de 15 de octubre de 2001, desestimatoria del recurso interpuesto.

La Sentencia precisa que para examinar la alegación de fondo se prescinde del examen de la presunta vulneración de normas de alcance constitucional al haber interpuesto el demandante, al mismo tiempo, un recurso de protección de los derechos fundamentales en el que las invoca y ciñe el análisis en determinar si la indemnización por residencia está vinculada al destino o si, por el contrario, está vinculada a la residencia efectiva, concluyendo que la interpretación correcta es la segunda.

Razona que el artículo 23 de la Ley 30/1984 determina la retribuciones básicas de los funcionarios y que se añadirán, según el número 4 del mismo precepto, las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio, señalando el artículo 101.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado que las indemnizaciones tienen por objeto resarcir a los funcionarios de los gastos que se vean obligados a realizar por razón del servicio. Asimismo apunta que en la exposición de motivos del Decreto 361/1971 la indemnización por residencia tiene por objeto compensar al funcionario de la especial carga que para él supone residir en Melilla donde se ubica su centro de trabajo y que el artículo 5 de esta norma señala que «esta percepción se devengará día por día, desde la toma de posesión hasta que se salga de dichos territorios por haber cesado en el destino que la hubiera originado», lo que para el órgano judicial significa que «el hecho determinante es la salida del territorio» y que «el cese en el destino se menciona porque se ha de excluir aquellos supuestos en que se sale del territorio mientras se conserva el destino, como vacaciones o permisos». Precisamente por ello, según el órgano judicial, «en el párrafo siguiente se prevé expresamente la pérdida de la indemnización en los supuestos en que se cesa en el destino y se permanece en él pero ocupando un puesto que no da derecho a indemnización, pues si dicha pérdida se produjera por el mero hecho del cese en el destino este párrafo resultaría absolutamente superfluo». Termina la Sentencia señalando que, en todo caso, «el artículo 1.º del RD que establece la indemnización señala que la indemnización se percibirá por los funcionarios que percibiendo sueldos con cargo a presupuestos *residan permanentemente por razón de destino* en aquellos lugares del territorio nacional que se indican», por lo que «desde la perspectiva de la legalidad ordinaria no cabe sino desestimar el recurso».

La Sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por Sentencia de 25 de enero 2002. La Audiencia expresa su discrepancia con la Sentencia de instancia recurrida al prescindir del análisis de toda vulneración del derecho constitucional alegado (art. 28.1 CE) porque el recurrente interpusiera un recurso por violación de derechos fundamentales, ya que entiende que esta separación no es técnicamente posible pues la legalidad ha de interpretarse de conformidad con el texto constitucional. Tras dicha manifestación recuerda que el apartado controvertido del Pacto celebrado entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales expresa que «quienes disfruten de estos permisos [permisos para la realización de funciones sindicales] permanecerán en situación de servicio

activo y conservarán todos los derechos profesionales que les sean de aplicación, incluidos los de carácter retributivo» y que la STC 191/1998 exige que las normas sean interpretadas en el sentido de que el sindicalista no sufra «menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa» como consecuencia del ejercicio de su actividad sindical, esto es, como garantía de indemnidad sindical. Pero declara que lo que se garantiza con una interpretación conforme con la Constitución española «es que el funcionario no sufra perjuicio alguno por dicho ejercicio, pero no que se garantice un mejor tratamiento del funcionario por dicho ejercicio». A partir de ahí, examina la normativa de aplicación y entiende que la interpretación correcta es la sostenida por el Juzgado.

Contra estas Sentencias don Pedro Manuel Rubio Nicolás recurrió en amparo, siguiéndose recurso con el número 2156-2002 ante la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

g) El segundo recurso se siguió por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, dando lugar a inicial Sentencia estimatoria dictada el 14 de octubre de 2001 por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 en el recurso 2-2001.

La Sentencia señala que según obra en el ramo de prueba don Pedro Nicolás tenía concedido permiso para la realización de funciones sindicales por la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas por Resolución de 30 de marzo de 1996, que el sindicato comunicó a la misma Dirección General que autorizó el permiso que dicha central trasladaba al actor de Melilla a Murcia, a lo que dicho órgano administrativo nada manifestó, ni comunicó tampoco tal situación a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con lo que considera que la resolución administrativa infringió el apartado IV.4 del Pacto suscrito entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales UGT y CSI-CSIF (Resolución del Director General de Trabajo de 18 de abril 1988, BOE 1 de junio), al no constar que la Administración hubiera dejado sin efecto el permiso que le concedió al demandante el 30 de marzo de 1996 por el hecho de su traslado a Murcia por razones sindicales. La Sentencia recuerda la doctrina constitucional que impide que por razones de actividad sindical se origine menoscabo económico o profesional alguno a los trabajadores y recuerda que la actividad sindical no puede tener consecuencias negativas para quien la realiza, como ocurriría con el actor en el caso contemplado al verse privado por su actividad dentro del sindicato de la indemnización por residencia que le corresponde por el hecho de estar destinado en Melilla, al igual que al resto de los trabajadores penitenciarios del centro de dicha localidad.

Recurrida en apelación por el Abogado del Estado, la Sentencia fue revocada y dejada sin efecto por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2002 en apelación núm. 21-2002. La Sentencia de la Audiencia recuerda que en el procedimiento abreviado se dictó otra Sentencia en apelación que «dejó sin resolver las cuestiones relacionadas con la posible vulneración del derecho fundamental aducido por el señor Rubio Nicolás pues la controversia se planteaba allí en términos de legalidad ordinaria». Pero señala que «sin embargo, ya quedó de manifiesto en aquella Sentencia de 25 de enero de 2002 que no resultaba técnicamente posible una radical diferenciación o separación respecto al objeto de uno y otro proceso. Debido precisamente a esa imposibilidad de disociar la legalidad ordinaria de la protección de los derechos fundamentales, en aquella Sentencia hubimos de adentrarnos en diversas consideraciones sobre la posible vulneración del derecho a la libertad sindical. Y siendo ello así, los razonamientos que expusimos entonces procede que los reiteremos aquí pues la contro-

versia de la que trae causa la apelación que ahora nos ocupa se centra específicamente en la posible vulneración del mencionado derecho fundamental».

Contra esta Sentencia don Pedro Manuel Rubio Nicolás recurrió en amparo, siguiéndose recurso con el número 4720-2002 ante la Sala Primera de este Tribunal.

3. Finalizado cada uno de los procedimientos expuestos interpuso, correlativamente, dos demandas de amparo como se ha adelantado. En ambos casos la argumentación jurídica es coincidente. Básicamente se alega la vulneración del art. 28.1 CE por cuanto el permiso sindical le fue concedido por la misma Administración que tuvo conocimiento de que el sindicato había trasladado al actor a Murcia al habérselo comunicado la central sindical y sin que se dijera nada en contra, conociendo en todo momento la Administración que su residencia estaba en Murcia y abonando de hecho de modo continuado la indemnización de residencia hasta un determinado momento en que procedió a reclamarle su reintegro. Señala que el sindicato tiene autonomía para decidir desde qué puesto o lugar debe desempeñar sus funciones cada uno de los liberados con los que cuenta [art. 7 CE y art. 2.2 a) LOLS donde se establece que las organizaciones sindicales tienen derecho a organizar su estructura interna y sus actividades] y que en función de las necesidades del sindicato el actor ha prestado sus servicios en lugares distintos a aquél donde ostenta su destino administrativo (Melilla). Entiende que debiera darse al Decreto 361/1971 una interpretación respetuosa con el derecho fundamental de libertad sindical tendente a entender vinculado al destino el devengo de la indemnización y no a la efectiva residencia pues el recurrente estaba en situación de activo con destino en Melilla, del que aún no ha cesado, y tiene derecho a la indemnización de residencia igual que sus compañeros. Alega la garantía de indemnidad para los liberados sindicales declarada por el Tribunal Constitucional (SSTC 74/1998, 191/1998, 30/2000) y mantiene que es contrario a dicha doctrina el perjuicio económico que se constata con la simple comparación de la retribución percibida antes y después de ser liberado de todo servicio cuando, de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 30/2000), debiera percibir la misma retribución como si estuviera desempeñando su puesto de trabajo en la Administración pública.

4. Ambos recursos de amparo (núms. 2156-2002 y 4720-2002) fueron admitidos a trámite, personándose en ellos el Abogado del Estado, que fue tenido por parte.

5. Se abrió pieza de suspensión en el asunto núm. 4720-2002 que dio lugar al Auto de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de septiembre de 2003 no accediendo a la suspensión solicitada. Recurrido en súplica, el Auto de la misma Sala de 1 de diciembre de 2003 confirmó la denegación.

6. Por providencia de 18 de septiembre de 2003 se acordó otorgar un plazo de diez días a las partes personadas para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la petición de acumulación de los recursos 2156 y 4720-2002.

7. El Abogado del Estado interpuso escritos registrados, respectivamente, el 30 de julio de 2003 y el 29 de septiembre de 2003, solicitando la acumulación y la desestimación de ambos recursos de amparo. En particular entiende que la doctrina constitucional citada por el recurrente no es de aplicación porque las circunstancias personales y estatutarias (número de hijos, la posición en el escalafón, la cuantía y conceptos retributivos) pueden ser distintas a lo largo de la relación de servicio y por ello pueden mejorar en beneficio del recurrente las retribuciones como también experimentar una reducción; de este modo la garantía de indemnidad no puede cubrir las mejoras, como tampoco puede cubrir ni congelar las mejoras que

hayan sobrevenido al punto temporal de partida. Considera que no es razonable pretender que determinados derechos se midan en función de la situación que se tendría como si la relación de servicio no hubiera experimentado ningún cambio pero sin embargo reclamar los demás derechos derivados de esa misma relación en función de las mejoras aplicadas en un momento posterior. Entiende que lo que prohíbe el Tribunal Constitucional es la diferencia de trato por razón de la actividad sindical pero no se excluyen las medidas cuando obedecen a razones atendibles de protección de derechos e intereses previstos por normas legales o reglamentarias como aquí ocurre. En su opinión el legislador ha previsto la indemnización conectada estrictamente a la residencia en determinados lugares como una medida compensatoria de un perjuicio relativo al sufrido por determinados funcionarios que han de desplazarse a los mismos y su percepción no tolera ficciones como la propugnada por recurrente pues del mismo modo que no podría un funcionario liberado para funciones sindicales reclamar unas dietas por desplazamientos no realizados, tampoco podría reclamar el pago de la indemnización compensatoria de perjuicios cuando no los ha experimentado.

8. La parte recurrente solicitó la acumulación de los recursos y se ratificó en las alegaciones contenidas en sus respectivas demandas de amparo.

9. El Ministerio Fiscal, en escritos registrados el 11 de septiembre de 2003 y 8 de octubre del mismo año, interesó igualmente la acumulación de los recursos de amparo y, en cuanto al fondo del asunto, su estimación precisando que el amparo debe declarar la nulidad de las Sentencias de la Audiencia Nacional y de la de instancia que no ha reconocido la vulneración alegada pero mantener la plena eficacia de la resolución dictada en instancia por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4. Tras recordar la doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad de los liberados sindicales en relación con sus retribuciones, afirma que en el caso enjuiciado se vulnera el derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE pues el recurrente ha visto empeorada su situación económica como consecuencia de su actividad sindical pues su destino sigue siendo Melilla y su traslado se debe a razones sindicales. Entiende que las funciones como liberado sindical han sido la causa exclusiva inmediata del perjuicio económico sufrido y afirma que la decisión administrativa de privar del complemento de residencia al recurrente resulta desproporcionada a los fines perseguidos, toda vez que impone determinadas limitaciones al ejercicio un derecho fundamental de una intensidad que no se corresponde con la medida adoptada, pues el eventual perjuicio la hacienda pública que pudiera ocasionarse con la continuación en el percibo del plus de residencia es de notoria menor relevancia que el ejercicio de aquel teniendo en cuenta las funciones sindicales desempeñadas por el recurrente.

10. La solicitud de acumulación fue denegada por ATC 66/2004, de 26 de febrero, por no apreciar la conexión a que refiere el art. 83 LOTC que justificaría una misma tramitación y decisión.

11. El 25 de marzo de 2004 la parte demandante de amparo presentó recurso de súplica contra dicho Auto donde se ponía de manifiesto la existencia de unas únicas resoluciones administrativas impugnadas, la identidad de sujetos y de objeto y se advertía de los problemas que la resolución dispar podría acarrear en la ejecución de las Sentencias impugnadas.

12. Por providencia de 19 de abril de 2004 la Sala Segunda de este Tribunal acordó unir el escrito a las actuaciones y, de conformidad con el art. 93 LOTC, tener por interpuesto recurso de súplica contra el Auto de 26 de

febrero de 2004, dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal para que en el plazo de tres días alegara lo que estimase oportuno.

13. El Ministerio Fiscal interpuso escrito registrado en este Tribunal el 30 de abril de 2004 por el que interesaba se tuviera por evacuado recurso de súplica contra el anterior Auto y se solicitaba se dictara uno nuevo estimatorio del mismo en el que se acordara la acumulación del recurso de amparo núm. 4720-2002 al 2156-2002. Se alega por parte del Ministerio público que, frente a la argumentación contenida en el Auto recurrido basada en que las Sentencias impugnadas son consecuencia de procesos diferentes que dieron lugar a Sentencias distintas, debe tenerse en cuenta que el art. 83 LOTC señala como requisito básico para que el Tribunal Constitucional pueda acordar la acumulación de procesos de amparo, que tengan objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión. En este caso, a su juicio, tal característica concurre por cuanto los recursos de amparo antedichos se interponen por la vía del art. 43 LOTC contra las mismas resoluciones administrativas, aunque contra ellas se interpusieran posteriormente dos recursos contencioso-administrativos, uno ordinario, y otro de protección de los derechos fundamentales de la persona, interponiéndose, en consecuencia, los dos recursos de amparo contra las Sentencias dimanantes de dichos procedimientos pero siempre en relación con unos mismos actos administrativos. Por otra parte, señala que en los dos recursos de amparo lo único que se alegaba era la infracción del derecho a la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 CE, por parte de las resoluciones administrativas, sin imputar lesión constitucional alguna a las Sentencias judiciales salvo la falta de reparación del derecho mencionado. En aras del principio de economía procesal que fundamenta la acumulación, entiende que la misma es procedente en el presente caso y que, por lo tanto, el recurso de súplica debe ser admitido.

14. Por Auto de este Tribunal Constitucional núm. 249/2004, de 12 de julio, se estimó el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y acordando, en consecuencia, la acumulación de los recursos de amparo núm. 2156-2002 y 4720-2002.

15. Por providencia de 14 de abril de 2005, se acordó para deliberación y votación de esta Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda se interpone contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento a las que se imputa la vulneración del derecho a la libertad sindical del recurrente reconocido en el art. 28.1 CE. El demandante de amparo alega que la violación de este derecho se produce cuando la Administración le reclama el reintegro de la indemnización por residencia en Melilla pese a tener derecho a la misma ya que el traslado de Melilla a Murcia para prestar servicios como liberado sindical en esta ciudad, producido a partir de abril de 1996, se comunicó por la central sindical a la Administración sin que ésta opusiera objeción alguna. Entiende que el reintegro y la falta de abono de la indemnización resultan contrarios a la garantía de indemnidad reconocida constitucionalmente para los liberados sindicales en el art. 28.1 CE. Del mismo parecer es el Ministerio Fiscal, quien aboga por la estimación del amparo por considerar vulnerado este mismo derecho fundamental.

Por el contrario el Abogado del Estado interesa la denegación del amparo, pues considera que se trata de un problema de mera legalidad ordinaria en el que la indemnización por residencia se encuentra vinculada a la residencia efectiva en un determinado lugar por lo que

dicha voluntad legislativa impide extenderla a supuestos distintos. Entiende que el derecho fundamental alegado no se conculca por cuanto no forma parte de su contenido no tener en cuenta los cambios experimentados por la relación de servicio.

2. El análisis constitucional del supuesto que ahora se enjuicia exige concretar el objeto del recurso de amparo y partir de algunos datos fácticos relevantes.

En primer lugar, dado que ningún reproche específico de inconstitucionalidad se formula contra las Sentencias impugnadas, pues la queja consiste en que las mismas (salvo la del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de 15 de octubre de 2001 en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales respecto de la que el suplico del recurso de amparo núm. 4720-2002 solicita su confirmación) ratifican las resoluciones administrativas cuestionadas, debe entenderse que el presente proceso es de los contemplados en el art. 43 LOTC. Asimismo, debe también ponerse de manifiesto que los recursos contencioso-administrativos que dieron lugar a las resoluciones impugnadas tuvieron por objeto el reintegro de cantidades exigido por la Administración demandada (que percibió hasta el 31 de marzo de 2000) y que dejó desde tal fecha de percibir, habiendo solicitado el ahora recurrente en amparo a lo largo del proceso no sólo la nulidad del reintegro reclamado, sino el derecho a percibir la indemnización desde que dejó de abonarse. Por lo que, de estimarse el amparo y considerarse contrario a la libertad sindical reclamar su reintegro, dicho derecho debiera reconocerse por ser ambas cuestiones (reintegro de lo ya abonado y falta de abono a partir de determinada fecha), inescindibles y consecuencia única de la vulneración del derecho fundamental alegado (art. 28.1 CE).

En segundo término, y en lo que se refiere a los hechos declarados probados, debe significarse que el ahora recurrente es funcionario del cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en situación de servicio activo con destino definitivo en el Centro Penitenciario de Melilla desde el 21 de febrero de 1996 y que la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSIF), al amparo de lo establecido en el Pacto suscrito el 13 de mayo de 1988 entre las representaciones de dicho sindicato y la Administración del Estado, solicitó la concesión de permiso para la realización de funciones sindicales a favor del ahora demandante de amparo para ejercer la actividad sindical en Melilla. Permiso que fue concedido por el Director General de la Función Pública mediante Resolución de 30 de marzo de 1996.

El 12 de abril de 1996 el sindicato comunicó al Director General de la Función Pública el traslado a Murcia del demandante de amparo para desarrollar allí su actividad sindical, lo que viene haciendo desde entonces. Frente a dicha comunicación de traslado la Administración no realizó objeción alguna ni dejó de abonar la indemnización por residencia ni los demás conceptos retributivos a que el recurrente tenía derecho hasta abril de 2000 cuando se le dejó de abonar dicha indemnización. El 21 de diciembre de 2000 se dictó resolución requiriendo al demandante de amparo las cantidades percibidas en concepto de indemnización por residencia desde el día 8 de abril de 1996 en que fue liberado de sus funciones hasta el 31 de marzo de 2000. Contra esta Resolución, confirmada por el Director del establecimiento penitenciario en Melilla, interpuso los recursos contencioso-administrativos de los que traen origen los recursos de amparo ahora acumulados.

3. Para el recurrente el cambio de residencia por necesidades sindicales no puede abocar a dejar de percibir la indemnización por residencia que se le venía abonando incluso cuando dejó de residir en Melilla ya que, de no ser por dichas necesidades, seguiría prestando servicios donde tiene su destino y, en consecuencia, no podría

reclamársele como indebida su percepción. Es decir, alega la aplicación al caso de la garantía de indemnidad económica que acompaña a la libertad sindical garantizada por el art. 28.1 CE.

Centrada la cuestión en la alegada lesión del derecho a la libertad sindical del recurrente (art. 28.1 CE), debemos recordar, como hicimos en la STC 173/2001, de 26 de julio, «que este Tribunal, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre (FJ 5), ha venido subrayando cómo “la libertad de afiliarse a un 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”. En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra 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” que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, 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».

La protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE, cuyo art. 1 establece que aquellos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos ... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales». Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa –que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STC 38/1981, de 23 de noviembre)– establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función «sin pérdida de salario» (IV, 10.1 y 11.2).

En esta línea hemos también declarado que «un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos» (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4, 30/2000, de 31 de enero FJ 4, y 173/2001, de 26 de julio, FJ 5).

Estas Sentencias en las que concretábamos la garantía de indemnidad económica otorgaban el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien se le negaba el complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado sindical. Así, en la STC 173/2001, de 26 de julio, se otorgaba el amparo en un caso en el que la empresa Renfe se negaba a abonar al trabajador libe-

rado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia; en las SSTC 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero, y 58/2001, de 26 de febrero, se estiman igualmente los recursos de amparo en varios supuestos en los que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a unos policías en el momento en que fueron liberados de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales; y, finalmente, en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, se estima también el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional por él desarrollada.

4. Precisamente, aunque el complemento solicitado nunca se había llegado a percibir y lo que se solicitaba era su reconocimiento, el supuesto examinado por la última de las Sentencias reseñadas –STC 191/1998, de 29 de septiembre– presenta una semejanza con el presente que no puede dejar de resaltarse por cuanto, como ocurre en el caso ahora enjuiciado, el liberado sindical lo había sido de conformidad con las previsiones del Pacto celebrado entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales UGT y CSIF, sobre elaboración de relaciones de puestos de trabajo, participación sindical en resoluciones de concursos, plan de trabajo en la Mesa general de negociación para la Administración del Estado y permisos para la realización de funciones sindicales, suscrito el 13 de mayo de 1988 y también en el proceso se discutía el alcance de su apartado IV.4, que establece que quienes disfruten de aquellos permisos «permanecerán en situación de servicio activo y conservarán todos los derechos profesionales que les sean de aplicación, incluidos los de carácter retribuido».

En aquel caso este apartado del Pacto había sido interpretado por los órganos judiciales en el sentido de que para devengar el complemento reclamado (complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad), de conformidad con la normativa de aplicación, se exigía la efectiva prestación de servicios y que la dedicación del trabajador al puesto de trabajo fuera exclusiva o preferente y habitual y continuada, requisitos que no cumplía el recurrente en amparo como consecuencia de la no prestación efectiva de servicios por desarrollar funciones sindicales, si bien se precisaba que tendría derecho al mismo cuando se incorporara efectivamente a su puesto de trabajo.

En el asunto ahora enjuiciado, en coordinación con la normativa aplicable, la interpretación del mismo apartado del Pacto ha llevado a los órganos judiciales a considerar que la indemnización por residencia, de acuerdo con el art. 5 del Real Decreto 361/1971 que establece que «esta percepción se devengará día por día, desde la toma de posesión hasta que se salga de dichos territorios por haber cesado en el destino que la hubiera originado», tiene por objeto compensar al funcionario de la especial carga que para él supone residir en Melilla donde se ubica su centro de trabajo y se vincula por ello a la efectiva residencia. En concreto, se interpreta en instancia (Sentencia del Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de 15 de octubre de 2001) que el hecho determinante para dejar de percibirla «es la salida del territorio» y que se menciona el cese en el destino «porque se ha de excluir aquellos supuestos en que se sale del territorio mientras se conserva el destino, como vacaciones o permisos» y tal interpretación es confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 27 de junio de 2002 donde se añade la que será la única motivación expresa sobre la vulneración del derecho fundamental alegado por el recurrente consistente en que una interpretación de la legalidad aplicable conforme a la Constitución de acuerdo con la doctrina de la STC 191/1998, que cita

expresamente, exige que las normas sean interpretadas en el sentido de que el sindicalista no sufra «menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa» como consecuencia del ejercicio de su actividad sindical, como garantía de indemnidad sindical; esto es, «que el funcionario no sufra perjuicio alguno por dicho ejercicio, pero no que se garantice un mejor tratamiento del funcionario por dicho ejercicio». Razonamiento sobre el alcance de la vulneración del art. 28.1 CE al que expresamente remite la misma Audiencia Nacional en Sentencia de 25 de enero 2002 en procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

5. Como puede comprobarse la Audiencia Nacional, como toda argumentación de contenido constitucional (incluso en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales), se limita a señalar que la STC 191/1998, de 29 de septiembre, mantiene que la garantía de indemnidad no lleva consigo una mejora del tratamiento retributivo del funcionario y tan sólo exige que no exista un perjuicio por el ejercicio de su actividad sindical. Tal razonamiento se corresponde básicamente con el Voto particular de aquella Sentencia y, por tal motivo, no se ajusta a la doctrina mayoritaria en ella contenida por lo que, al igual que en aquel caso, la doctrina constitucional conduce a estimar el presente recurso de amparo.

En efecto, como en esa Sentencia decíamos, también aquí debemos afirmar que «no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de trabajo reclamado ante el Juzgado de lo Social, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE). Pero sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento. Y, conforme reiterada doctrina del Tribunal, estando en juego un derecho fundamental sustantivo, como aquí ocurre (derecho de libertad sindical: art. 28.1 CE), y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (SSTC 94/1995, 127/1995, 188/1995, 17/1996 y 37/1998)» (FJ 5).

Del mismo modo, como también allí precisábamos, el hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si privar al trabajador del complemento reclamado constituye o no un obstáculo para la realización de las funciones sindicales, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 28.1 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que «el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto» merece formularse contra las Sentencias recurridas en amparo «no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado» pues «el órgano judicial no podía prescindir del examen de la configuración de esta situación en su fuente de reconocimiento (el pacto de 1988) ni de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical» (FJ 5).

A diferencia de lo mantenido por las Sentencias de la Audiencia Nacional impugnadas, en la STC 191/1998 concluimos que existe «un claro mandato de no discriminar ni perjudicar al representante sindical, singularmente en materia retributiva, por el hecho de serlo» y declarábamos que la Sentencia impugnada no se había ajustado a este mandato, toda vez que había establecido un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo

en relación con sus compañeros de trabajo, sin enjuiciar si con ello quedaba o no obstaculizada la actividad sindical desplegada por aquél.

En el presente caso cabe reiterar dichos razonamientos por cuanto la Audiencia, tras declarar que nuestra doctrina constitucional impedía un perjuicio económico pero no cubría un mejor tratamiento retributivo, concluía que el pago de la indemnización por residencia en el presente caso significaría un mejor trato económico, sin tener en cuenta que si el demandante de amparo no estuviera en situación de liberado sindical y su sindicato no le hubiera trasladado a Murcia a desempeñar sus funciones sindicales permanecería en situación funcionarial de servicio activo ocupando plaza en el centro penitenciario de Melilla, donde se le había concedido el permiso inicial, y por la que venía percibiendo la indemnización o plus de residencia.

Se olvida, así, como destaca el Ministerio Fiscal, que la razón del cambio de residencia efectiva no fue debida a un traslado profesional de dicho funcionario, pues su destino sigue siendo el de Melilla, sino que obedece a razones puramente sindicales derivadas de su condición de afiliado al sindicato para desempeñar actividades relacionadas con el mismo y derivadas de su condición de liberado sindical; que aunque el permiso sindical fue concedido para el desempeño de las funciones sindicales en Melilla, sin embargo, no fue revocado por la Administración cuando la central sindical comunicó el traslado del ahora recurrente a Murcia por necesidades sindicales continuando el ahora recurrente percibiendo con normalidad las cantidades por este concepto; y, sobre todo, que dicho traslado no le ha supuesto al recurrente en amparo ninguna mejora en su condición económica por cuanto simplemente en Murcia seguiría disponiendo de la misma situación retributiva que tenía antes de pasar a desempeñar funciones sindicales y lo que se constata, más bien, es un perjuicio económico padecido por el demandante como consecuencia de su actividad sindical como liberado pues, de no haber pasado a desempeñar tales funciones, habría permanecido en su destino en Melilla continuando con la percepción del complemento de residencia que le había sido ya reconocido.

6. Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del recurso de amparo y sólo resta determinar el alcance de los pronunciamientos del art. 55 LOTC.

En este sentido, en la medida en que la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4, de 15 de octubre de 2001, dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, declaró la vulneración del derecho a la libertad sindical del demandante de amparo, bastará para restablecer a éste en la integridad de su derecho, como advierte el Ministerio Fiscal, con declarar la firmeza de la misma y anular el resto de Sentencias impugnadas.

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 Pedro Manuel Rubio Nicolás y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho fundamental del recurrente de amparo a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho fundamental y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictadas el 25 de enero de 2002 en la apelación núm. 92-2001 y de 27 de junio de 2002 en apelación núm. 21-2002, así como la

Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de fecha 15 de octubre de 2001 dictada en el procedimiento abreviado núm. 102-2001, pero mantener la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de fecha 15 de octubre de 2001 dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales en la que se declaraba la nulidad de las Resoluciones del Director del Centro Penitenciario de Melilla de 21 de diciembre de 2000 y 26 de marzo de 2001.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de abril de dos mil cinco.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en los recursos de amparo núms. 2156-2002 y 4720-2002, acumulados

1. Sentido de nuestro Voto.

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC reflejamos en este Voto particular nuestro criterio discrepante sobre el fallo dictado en los recursos de amparo núms. 2156-2002 y 4720-2002, acumulados, y respecto de algunos extremos decisivos de la fundamentación jurídica que a él conduce.

2. *Ratio decidendi* que conduce al fallo de la Sentencia frente a la cual se formula el presente Voto.

La línea argumental en la que se fundamenta el fallo de la Sentencia frente a la cual manifestamos nuestra discrepancia descansa en la semejanza del caso en el cual se pronuncia con el enjuiciado en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, resolución a la que hace expresa referencia la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 27 de junio de junio de 2002.

Ahora bien, al decir del fundamento jurídico 5 de la Sentencia de la que discrepamos, «toda [la] argumentación de contenido constitucional» de la Audiencia Nacional «se limita a señalar que la STC 191/1998 mantiene que la garantía de indemnidad no lleva consigo una mejora del tratamiento retributivo del funcionario y tan sólo exige que no exista un perjuicio por el ejercicio de su actividad sindical». Este es un razonamiento que, se advierte, «se corresponde básicamente con el Voto particular de aquella Sentencia y, por tal motivo, no se ajusta a la doctrina mayoritaria en ella contenida, por lo que, al igual que en aquel caso, la doctrina constitucional conduce a estimar el presente recurso de amparo».

Continúa el fundamento jurídico que estamos transcribiendo que «no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de trabajo reclamado ante el Juzgado de lo Social, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE). Pero sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento. Y, conforme a reiterada doctrina del Tribunal, estando en juego un derecho fundamental sustantivo, como aquí ocurre (derecho de libertad sindical: art. 28.1 CE), y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resolu-

ciones judiciales impugnadas"». En definitiva, «"el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto" merece formularse contra las Sentencias recurridas en amparo "no es tanto ni sólo que hayan renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera hayan tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado"».

3. La doctrina consagrada en la STC 191/1998, de 29 de septiembre.

En relación con la argumentación hasta aquí expuesta parece oportuno advertir, ante todo, que el razonamiento de la Audiencia Nacional no se distancia de la doctrina afirmada por la STC 191/1998, identificándose frente a ella con la preconizada en el Voto particular del Magistrado don Pedro Cruz Villalón, al que se adhirió el Magistrado don Pablo García Manzano, sino que se atiene correctamente a los ejes centrales de la línea seguida en la fundamentación jurídica de la últimamente citada Sentencia.

Así ha de resaltarse que el fundamento jurídico 5 de esta resolución señala que «no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir» el complemento del que en el caso entonces enjuiciado se hacía cuestión. «Pero sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual la Sentencia impugnada niega al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento». «En todo caso es preciso coherencia el carácter funcional del complemento con las prescripciones legales y convencionales contrarias a que el representante sindical sufra menoscabos como consecuencia de la realización de funciones sindicales». Y, desde luego, la interpretación que al respecto efectúan los órganos judiciales «debe realizarse a la luz del derecho fundamental de libertad sindical, debiéndose plantear la cuestión de si privar al trabajador del complemento reclamado constituye o no un obstáculo para la realización de aquellas funciones sindicales».

Los reparos que pudieran formularse a la Sentencia frente a la cual en aquella ocasión se demandaba amparo, continuaba puntualizando el mismo fundamento jurídico, no eran «tanto, ni sólo, que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado». En definitiva, en el caso, el órgano judicial «se queda en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, que incluso es examinada sólo de forma parcial. lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical».

A todo ello ha de añadirse, conforme a lo que indica el fundamento jurídico que venimos transcribiendo, que «existe un expreso mandato de tratar en materia retributiva al representante sindical de forma igual que al resto de los trabajadores, de manera que aquél no se vea perjudicado en relación con éstos por el hecho, precisamente, de su representación sindical». «Existe, pues, un claro mandato de no discriminar ni perjudicar al representante sindical, singularmente en materia retributiva, por el hecho de serlo. Y [en el caso contemplado por la STC 191/1998] la Sentencia impugnada no se ha ajustado a este mandato, toda vez que ha establecido un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo, sin enjuiciar si con ello quedaba o no obstaculizada la actividad sindical desplegada por aquél».

4. Existencia de motivación sobre las implicaciones constitucionales de los recursos.

Esto sentado, para valorar en los términos constitucionalmente procedentes, conforme a la doctrina establecida en la STC 191/1998, los pronunciamientos de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2002 (reiterada sustancialmente por la Sentencia de 27 de junio de 2002, dictada por la misma Sección), ha de señalarse que ésta contempla expresamente la incidencia del derecho fundamental a la libertad sindical sobre la problemática jurídica planteada en el caso, puesto que, tras precisar que «la legalidad ordinaria no puede ser interpretada de forma que el recurrente sufra menoscabo alguno en sus retribuciones por el desempeño de su actividad sindical», añade que «lo que garantiza una interpretación de la legalidad acorde con la Constitución es que el funcionario no sufrirá lesión alguna por el ejercicio de su actividad, sin que se garantice, por el contrario, salvo disposición específica un mejor tratamiento del funcionario por dicho ejercicio».

Y, a continuación, se plantea expresamente la cuestión de si, en virtud de la denegación del abono de la indemnización por residencia en Melilla, el demandante de amparo sufrió o no un menoscabo en su situación como consecuencia del ejercicio de funciones sindicales, llegando a la conclusión de que, *a priori*, la actuación de la Administración «ha sido respetuosa con la libertad sindical», puesto que mantuvo la percepción de la indemnización por residencia mientras creyó que el demandante residía en Melilla, «de modo que no sufriese menoscabo alguno en su retribución», y sólo la retiró cuando verificó que ya no residía en dicha localidad, pues, en la interpretación que de la legalidad ordinaria efectuó el órgano judicial, la percepción de la indemnización por residencia, para cualquier trabajador, se encuentra ligada al dato fáctico de la permanencia Melilla y no en el mantenimiento del destino en esta plaza pese a que no prestar servicios en ella.

5. Conceptuación jurídica de la indemnización por residencia en Melilla. Aplicación de la normativa que la regula dispensando un trato igual al que realiza actividades sindicales y a los restantes trabajadores.

Una vez puntualizado que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, las resoluciones judiciales frente a las que se demanda el amparo de este Tribunal contemplan en los términos exigidos por nuestra doctrina la dimensión constitucional de la cuestión suscitada, corresponde afrontar el tema de si la argumentación en que basan sus fallos no discrimina a quien lleva a cabo actividades sindicales frente a los demás trabajadores; es decir, si dispensa a uno y a otros un tratamiento igual, lo que nos enfrenta con el tema de si la referida argumentación resulta o no respetuosa del derecho fundamental invocado, es decir, del derecho a la libertad sindical que cristaliza en lo que ha venido a denominarse la *garantía de indemnidad*.

El fundamento jurídico 5 de la Sentencia frente a la que formulamos el presente Voto especifica que el traslado a Murcia «no le ha supuesto al recurrente en amparo ninguna mejora en su condición económica por cuanto simplemente en Murcia seguiría disponiendo de la misma situación retributiva que tenía antes de pasar a desempeñar funciones sindicales y lo que se constata, más bien, es un perjuicio económico padecido por el demandante como consecuencia de su actividad sindical como liberado pues, de no haber pasado a desempeñar tales funciones, habría permanecido en su destino en Melilla continuando con la percepción del complemento de residencia que le había sido ya reconocido».

Frente a estas afirmaciones entendemos que la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por los órganos judiciales (se comparta o no en el plano que le es propio, el cual excede del marco en el que ha de desarro-

llarse nuestro enjuiciamiento) no puede considerarse que ocasione al demandante de amparo ningún perjuicio del que derive la posibilidad de apreciar que ha sido víctima de la vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical.

En efecto, la vinculación de la percepción de la indemnización por residencia y la efectiva prestación de servicios en el territorio que da derecho a ella es extraída por los órganos judiciales, no solamente de la naturaleza misma de la indemnización prevista en el Decreto 361/1971, de 18 de febrero, sino de la modificación de esta norma por medio del Real Decreto 3393/1981, de 29 de diciembre, dictado precisamente para aclarar la vinculación existente entre indemnización y residencia efectiva. Y esta vinculación, no sólo desencadena la cesación en la percepción de la indemnización a quien cese en la residencia como consecuencia del desempeño de funciones sindicales, sino también a quien, como alude la exposición de motivos de la citada norma, aun cuando mantenga su destino, se encuentre en comisión de servicios fuera del territorio que da derecho a indemnización por residencia. Y, por el contrario, en virtud de la referida vinculación se genera el derecho a percibir la indemnización por residencia a favor de quien presta servicios temporales en la plaza respecto de la cual se encuentre establecida, aun cuando mantenga su destino en otras no contempladas entre las que generan para los residentes en ellas la percepción de la indicada indemnización.

En consecuencia el requisito de la efectiva residencia, obtenido de una interpretación razonada y razonable de la legalidad ordinaria que por ello no nos corresponde revisar, no se está aplicando específica y exclusivamente al demandante, con desconocimiento de su *derecho a la garantía de indemnidad*, sino que es consecuencia de la aplicación generalizada (como tal, extendida a todos los trabajadores) de la legalidad ordinaria por los órganos judiciales de manera respetuosa con el contenido del derecho a la libertad sindical.

6. Conclusión.

De conformidad a cuanto queda expuesto entendemos que el fallo de la Sentencia frente a la que se emite el presente voto particular debió haber sido el de desestimar la demanda de amparo de don Pedro Manuel Rubio Nicolás.

Firmamos este Voto particular, con el mayor respeto del criterio contrario al de la mayoría de los componentes de la Sala.

En Madrid, a veinticinco de abril de dos mil cinco.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

8271 *Sala Primera. Sentencia 93/2005, de 18 de abril de 2005. Recurso de amparo 4225-2002. Promovido por don Ángel Herrero Gordo respecto a las Sentencias de un Juzgado de Instrucción y de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenaron por faltas de lesiones.*

Vulneración del derecho a la defensa: denunciado en un juicio de faltas, que optó por defenderse a sí mismo sin Abogado, a quien no se permitió interrogar a los denunciantes ni decir la última palabra (STC 143/2001).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don

Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4225-2002, promovido por don Ángel Herrero Gordo, representado por el Procurador de los Tribunales don Esteban Jabardo Margareto y asistido por el Abogado don Ignacio María Sainz Villanueva, contra la Sentencia de la Sección Sexta de las de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de junio de 2002, dictada en rollo de apelación núm. 162-2002, y contra la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Madrid, de fecha 4 de diciembre de 2001, dictada en el juicio de faltas núm. 1951-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 6 de julio de 2002 don Esteban Jabardo Margareto, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Ángel Herrero Gordo, asistido de Letrado, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que a continuación se exponen:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de Madrid incoó diligencias de juicio de faltas núm. 1951-2000, mediante Auto de 26 de enero de 2001, en virtud de denuncias por lesiones causadas por don Ángel Herrero Gordo y su esposa doña María Luisa Funcia Sánchez-Pardo a su vecinas María Luisa y Carmen Blas Ortega, y por éstas a aquéllos, recíprocamente.

b) Celebrado juicio oral de faltas el día 27 de noviembre de 2001, se dictó Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2001, que declaró probado que sobre las 12:30 horas del día 12 de diciembre de 2000, hubo una discusión entre doña María Luisa Funcia y doña Carmen Blas Ortega, en la que se profirieron insultos y se agredieron mutuamente sin consecuencias acreditadas, y que posteriormente, entre las 22:30 y las 22:50 horas del mismo día, se entabló una nueva discusión entre don Ángel Herrero Gordo y las hermanas Blas Ortega, con el resultado que consta en el informe forense. La Sentencia absolvió a doña María Luisa Funcia Sánchez-Pardo, a doña Carmen Blas Ortega y a doña María Luisa Blas Ortega, y condenó a don Ángel Herrero Gordo, como autor responsable de una falta de lesiones del art. 617.1 CP, contra doña Carmen Blas Ortega, a la pena de un mes de multa, a razón de una cuota diaria de 500 pesetas, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código penal (CP) en caso de insolvencia, y por una falta de lesiones, del art. 617.1 CP, contra doña María Luisa Blas Ortega, a dos meses de multa, a razón de una cuota diaria de 500 pesetas, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de insolvencia, así como a indemnizar a ésta en la cantidad de doscientas veinte mil quinientas pesetas.

c) Contra esta resolución presentó el condenado don Ángel Herrero Gordo recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección Sexta de las de la Audiencia Provincial de Madrid mediante Sentencia de fecha 5 de junio de 2002, desestimatoria del recurso.

d) La Sentencia declara que el primer motivo del recurso es la violación del derecho de defensa, por no