

limita a recoger la concurrencia de los presupuestos legales imprescindibles pero no suficientes para que, si resulta necesario a efectos de la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, pueda adoptarse la medida restrictiva de libertad. Tal como hemos dicho al abordar si el enjuiciamiento en segunda instancia de recursos deducidos contra resoluciones sobre prisión provisional compromete o no la garantía de imparcialidad judicial (ATC 68/2002, de 22 de abril, y resoluciones en él citadas), lo decisivo es si el veredicto que se contiene en las resoluciones pretendidamente «contaminantes de la imparcialidad judicial» es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad. Y en el presente supuesto ninguna duda existe de que en el Auto de 1 de febrero de 2002 no se contiene ninguna valoración que implique o denote la existencia de una toma de postura previa del órgano llamado a enjuiciar los hechos sobre la culpabilidad del demandante de amparo.

b) En lo que atañe a las circunstancias en que se desarrollaron las sesiones del juicio oral y la motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial no apreciamos que resulte reveladora de la existencia de una idea preconcebida por parte del órgano judicial acerca de la culpabilidad del demandante. Además de que, como advierte el Fiscal, ninguna protesta se hace constar al respecto en el acta del juicio oral, el género de preguntas a las que se refiere el demandante en su demanda (tendientes a concretar y precisar las acciones de las que fueron objeto los testigos) no excede de las que legalmente el Presidente del Tribunal sentenciador está habilitado para efectuar en busca de la verdad material, ni de su contenido cabe apreciar que dicho Presidente pasara a adoptar posiciones de auxilio a la acusación, por lo que la denunciada vulneración de la imparcialidad judicial carece, también desde esta perspectiva, de todo soporte. Y la misma carencia se aprecia al pretender extraer de la especial referencia que la Sentencia condenatoria realiza a la declaración de las víctimas con olvido de las declaraciones de otros testigos que, en la particular opinión del demandante de amparo, hubieran debido conducir a su absolución, pues la exigencia constitucional de motivar las resoluciones «no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su “ratio decidendi”» (por todas, STC 305/2005, de 12 de diciembre). En el presente caso la Sentencia de la Audiencia Provincial analiza con detalle las declaraciones de las víctimas de los delitos y las contrasta con la versión ofrecida por los acusados, razonando la mayor credibilidad que ofrecen las primeras, verosimilitud que además se encuentra corroborada por la pericial psicológica practicada y por el resto de la prueba documental. En consecuencia no se alcanza a entender en qué medida tal valoración es producto de una idea preconcebida sobre la culpabilidad del demandante y no pura y simplemente el resultado de la valoración de la prueba practicada con intermediación, cuya reconsideración es por completo ajena a la función de este Tribunal en el marco del recurso de amparo.

5. De todo lo anteriormente expuesto se deriva que no existe base objetiva alguna que permita albergar duda acerca de la imparcialidad con la que los integrantes del órgano sentenciador podían acometer su función de enjuiciar la participación del demandante de amparo en

los hechos imputados, por lo cual el recurso de amparo ha de ser desestimado, toda vez que respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo no se vierte ninguna queja autónoma sino simplemente la falta de reparación de la lesión atribuida a la Audiencia Provincial.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don José Cardona Serrat.

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

Dada en Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

10181 *Sala Segunda. Sentencia 144/2006, de 8 de mayo de 2006. Recurso de amparo 737-2004. Promovido por don Antonio Jara Muñoz frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que desestimó su demanda contra la Dirección General de la Policía sobre adjudicación de puesto de trabajo en situación de segunda actividad.*

Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y vulneración del derecho a la libertad sindical: denegación de diligencia para mejor proveer; indicios de discriminación contra delegado sindical en la denegación de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijos, 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 el recurso de amparo núm. 737-2004, promovido por don Antonio Jara Muñoz, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana de la Corte Macías y asistido por la Letrada doña Susana Eliseo Crecis, contra Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de diciembre de 2003, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 694-2000, interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de la Policía de 9 de agosto de 2000, que confirmó enalzada la Resolución de la División de Personal de la Dirección General de la Policía de 31 de

mayo de 2000 sobre adjudicación de puesto de trabajo en situación de segunda actividad. Han comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 11 de febrero de 2004 doña Ana de la Corte Macías, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Antonio Jara Muñoz, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judicial a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

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

a) El demandante de amparo es funcionario de la escala básica del Cuerpo Nacional de Policía con destino en la Jefatura Superior de Policía de Sevilla, y desde febrero de 1988 se encuentra liberado del servicio por asuntos sindicales a tiempo total, con autorización expresa de la Dirección General de la Policía.

b) El demandante de amparo, como debía pasar a la situación de segunda actividad en fecha 13 de julio de 2000 por alcanzar la edad reglamentaria (art. 4 Ley 26/1994, de 29 de septiembre, reguladora de la situación de segunda actividad del cuerpo nacional de policía), estando próximo a cumplir dicha edad, solicitó a la Dirección General de la Policía en fecha 9 de abril de 2000 un puesto de trabajo en segunda actividad. La solicitud se formalizó como establecen las normas internas del cuerpo nacional de policía en el modelo de formulario editado por la Dirección General de la Policía, con espacios tasados.

c) La división de personal de la Dirección General de la Policía le denegó la concesión de puesto de trabajo en segunda actividad, porque «no consta suficientemente acreditada la adecuación del peticionario a las funciones a desarrollar», pese a que en ningún momento la Administración había intentado conocer esa «adecuación» mediante prueba de conocimiento alguno.

En el expediente figura un informe del Jefe Superior de Policía de Sevilla, aconsejando a la Dirección General de la Policía que no se concediese al demandante de amparo dicho puesto de trabajo, porque, además de no conocer «la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea», «presume con lógica que lo que el peticionario desea es continuar como liberado sindical, pero con un puesto de trabajo en Segunda Actividad, motivo por el cual, el Jefe Superior que suscribe no informa favorablemente de la solicitud realizada».

d) El demandante de amparo interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, que fue desestimado por Resolución de la Dirección General de la Policía de 9 de agosto de 2000 «por falta de idoneidad».

e) El demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra las mencionadas resoluciones, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 11 de diciembre de 2003.

3. En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca en ésta, frente a las resoluciones administrativas y judicial impugnadas, las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE).—El art. 11 e) «in fine» de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, establece que: «Los miembros de la Junta de Personal y los Delegados de Personal, en su caso, como representantes legales de los funcionarios, dispondrán en el ejercicio de su función representativa de las siguientes garantías y derechos:...

c) Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación». Es claro el mandato que el legislador dirige a los poderes públicos en orden a evitar posibles discriminaciones sobre el representante legal, estableciendo al efecto una serie de garantías y derechos, entre ellos el derecho a no ser discriminado en su promoción profesional. Dicha previsión legal es aplicable al régimen estatutario del cuerpo nacional de policía (arts. 16.2 y 18.1 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad).

A continuación, tras reproducir parcialmente la doctrina de la STC 30/2000, de 31 de enero, se afirma en la demanda que la Sentencia recurrida vulnera el derecho a la libertad sindical, ya que viene a reconocer de forma expresa que es lícita la desestimación de la solicitud del puesto de trabajo en situación de segunda actividad, porque la circunstancia de que el recurrente en amparo fuera liberado sindical desde el año 1988 impedía a la Administración valorar su idoneidad para desempeñar algunas de las tareas propias de un puesto de trabajo en segunda actividad (FJ 3). Sin embargo la Sala no valora, ni siquiera menciona, el importante informe que el Jefe Superior de Policía de Sevilla dirige a la Dirección General de la Policía, aconsejando desestimar la solicitud del demandante de amparo por encontrarse en situación de liberado sindical, y que resulta del siguiente tenor:

«Informe que emite don Julián Martínez Izquierdo, Comisario del Cuerpo Nacional de Policía y titular de la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Occidental.

Respecto a la solicitud efectuada por el Policía del Cuerpo Nacional de Policía D. Antonio Jara Muñoz, adscrito a la Comisaría Provincial de Sevilla, para desempeñar un puesto de trabajo en Segunda Actividad a partir de la fecha en que se produzca su pase a la referida situación, el Jefe Superior que suscribe desconoce la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea.

Se encuentra liberado de servicio desde el año 1988 y, en la actualidad, desempeña el cargo de Secretario General Regional del Sindicato Unificado de Policía (S.U.P.).

Por lo expuesto, además, se presume con lógica que lo que el peticionario desea es continuar como liberado sindical, pero con un puesto de trabajo en Segunda Actividad, motivo por el cual, el Jefe Superior que suscribe no informa favorablemente de la solicitud realizada».

Resulta patente que la causa verdadera por la que no se le ha concedido al demandante de amparo un puesto de trabajo en segunda actividad no es porque carezca de idoneidad, sino porque se «desconoce la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea», y «además, se presume con lógica que lo que el peticionario desea es continuar como liberado sindical, pero con un puesto de trabajo en Segunda Actividad».

Pues bien, la Administración pudo haber sometido al recurrente en amparo a alguna prueba para conocer su idoneidad, como ha hecho con otros funcionarios, en lugar de denegarle «a limine» el puesto de trabajo solicitado, máxime cuando existían plazas vacantes con consignación presupuestaria, ya que para la plantilla de Sevi-

Illa había en aquellas fechas 150 vacantes de puestos de trabajo no singularizados en segunda actividad, de los que únicamente se encontraban cubiertos 47. De otra parte, afirmar que se desconoce la idoneidad del solicitante, porque ha estado mucho tiempo liberado por asuntos sindicales, supone admitir que, de no haber estado ejerciendo funciones sindicales, liberado del servicio la Administración sí conocería la idoneidad y entonces hubiera accedido a concederle el puesto de trabajo solicitado.

La Administración tiene medios suficientes para conocer la idoneidad de cualquiera de sus funcionarios, como hace con el resto del personal que solicita un puesto de trabajo en segunda actividad. A todos los funcionarios del cuerpo nacional de policía que solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad les formulan un pliego de preguntas, para saber cuáles son sus conocimientos de cara al puesto de trabajo a desempeñar. Sin embargo nunca se le ha llegado a formular el pliego de preguntas al demandante de amparo, y ello porque en el fondo el Informe del Jefe Superior de Policía transcrito ha resultado determinante para denegarle el puesto solicitado. Así pues la causa de la denegación no estriba en la falta de idoneidad del recurrente en amparo, sino en el ejercicio de la actividad sindical.

b) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).—Se imputa a la Sentencia recurrida la vulneración del mencionado derecho fundamental, por no contener una motivación fundada en Derecho en relación con la falta de idoneidad del demandante de amparo esgrimida por la Administración.

Se argumenta al respecto que en la fase de prueba del recurso contencioso-administrativo el demandante de amparo propuso a la Sala una documental dirigida a la Jefatura Superior de Policía de Andalucía occidental, con sede en Sevilla, a fin de conocer los puestos de trabajo que existían en dicha Jefatura para el personal de segunda actividad, habiendo respondido la Jefatura, como consta en las actuaciones, que en julio de 2000, fecha en la que el demandante de amparo había formulado su solicitud, figuraban en la plantilla de Sevilla 150 puestos de trabajo no singularizados de segunda actividad, de los cuales tan sólo estaban cubiertos 47. También se pidió conocer las pruebas a que eran sometidos los peticionarios de estos puestos, respondiendo la Jefatura que todos los funcionarios que solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad «cumplimentan una hoja/cuestionario relativa a los conocimientos, aptitudes y actitudes básicas», afirmándose que dicho cuestionario «también se llevó a cabo en el caso del Sr. Jara Muñoz».

Pues bien, semejante afirmación en relación con el demandante de amparo es falsa, pues nunca le ha sido entregado cuestionario alguno, sino que simplemente se le denegó la petición sin más trámite. En este sentido se subraya en la demanda que en el escrito de conclusiones el recurrente en amparo puso de manifiesto a la Sala dicha circunstancia, y a fin de acreditarla interesó con cobertura en el art. 61 LJCA que se aclarase esta cuestión, sobre la que nada se dice en la Sentencia. La cuestión propuesta en modo alguno resultaba baladí, pues, tratándose del fondo de la litis, la Sala debió haber practicado la prueba solicitada por otrosí en el escrito de conclusiones o, al menos, haber explicitado las razones por las que no procedió a practicarla. Lo único que se pretendía era que la Administración, que había afirmado que el recurrente en amparo había cumplimentado la hoja/cuestionario, remitiera al Tribunal «copia testimoniada del citado cuestionario de preguntas firmado por D. Antonio Jara Muñoz».

En este caso el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales, la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), por lo que era exigible el canon de motivación reforzado en relación con la cuestión planteada.

c) Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE).—Tras señalar que este derecho fundamental comprende, no sólo el acceso en condiciones de igualdad a la función pública, sino también al desarrollo y promoción de la propia carrera administrativa, se argumenta en la demanda que a todos los funcionarios del cuerpo nacional de policía que solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad se les formula un pliego de preguntas sobre sus conocimientos en orden a atribuirles un puesto de trabajo acorde con ellos. Sin embargo al demandante de amparo nunca se le llegó a formular pliego de preguntas, lo que fue debido al ya transcrito informe del jefe superior de policía de Sevilla. La Administración debió dispensarle el mismo trato que al resto de los funcionarios que solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad, pues, si necesitaba conocer su idoneidad, debió someterle al pliego de preguntas. Así pues el demandante de amparo ha sido sometido por la Administración a un trato discriminatorio respecto al resto de los funcionarios que solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad.

Además en relación con la aducida idoneidad ha de destacarse que los puestos de trabajo en segunda actividad de la escala básica, a la que pertenece el demandante de amparo, son de escasa preparación técnica, ya que la mayoría de ellos tienen por objeto el control de entrada y seguridad interior de los edificios policiales, el control del mantenimiento de edificios, instalaciones, venta, distribución y entrega de impresos para el DNI, información al público, etc. (Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1998).

Tras reproducir la doctrina de la STC 171/2003, de 29 de septiembre, concluye la demanda, suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia, en la que se otorgue el amparo solicitado, se anulen las resoluciones administrativas y judicial impugnadas y se declare el derecho del recurrente a que se le conceda el puesto de trabajo en segunda actividad.

4. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 20 de enero de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que, con las aportaciones documentales que estimaran procedentes, formularan las alegaciones que consideraran pertinentes sobre la posible carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 31 de marzo de 2005, admitió a trámite la demanda, y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Dirección General de la Policía y a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, a fin de que remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al expediente relativo a la solicitud del demandante de amparo de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad y al recurso contencioso-administrativo núm. 694/2000, debiendo previamente el órgano judicial emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan,

podieran comparecer en el plazo de diez días en este proceso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 9 de junio de 2005, se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado, y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que presentasen las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 30 de junio de 2005, que, en lo sustancial, a continuación se extracta:

a) La aducida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), imputable exclusivamente a la Sentencia recurrida, carece de autonomía o independencia propia respecto a las otras dos vulneraciones denunciadas, a juicio del Ministerio Fiscal. Aunque el procedimiento elegido por el recurrente en amparo fue el proceso contencioso-administrativo ordinario y no el especial de protección de derechos fundamentales, invocó en él los derechos de carácter sustantivo a la libertad sindical (art. 28 CE) y a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE). Cualquier déficit en la fundamentación de la Sentencia referida a tales derechos fundamentales no puede quedarse en las previsiones del art. 24.1 CE, sino que incide directamente en los citados derechos, y debe ser analizada desde esta perspectiva.

De otra parte, el hecho de que después de la interposición del recurso de amparo se haya adjudicado al demandante un destino en situación de segunda actividad no determina la carencia sobrevenida del objeto de este proceso, pues la Resolución de 15 de diciembre de 2004, por la que se procedió a adjudicarle destino en situación de segunda actividad, carece de efectos retroactivos, y en consecuencia hasta la fecha de la toma de posesión el demandante de amparo se ha encontrado en situación de segunda actividad sin destino, con las consecuencias profesionales y económicas que ello supone (arts. 9 y 10 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre).

b) Para el Ministerio Fiscal la vulneración aisladamente considerada del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas ya presenta contenido constitucional. La pretensión actora en el orden administrativo y judicial consistía en que, al pasar a segunda actividad, se le adjudicara uno de los puestos de trabajo con esas características existentes en Sevilla (Ley 26/1994, de 29 de septiembre). Aunque el acceso a un puesto determinado es en principio una cuestión de legalidad ordinaria, cabe observar que el pase a segunda actividad sin destino implica una reducción de retribuciones, y en consecuencia la denegación de un destino debería implicar una resolución fundada acerca de la falta de las condiciones psicofísicas o profesionales del peticionario para ocupar cualquiera de las vacantes previstas en dicha situación, que en el proceso «a quo» se fijaron respecto a Sevilla en 150 puestos de trabajo, de los que sólo estaban ocupados 47. Motivación que no resulta de las resoluciones recurridas, ni desde la perspectiva del propio interesado, ni en atención a posibles circunstancias objetivas que impidiesen acceder a su solicitud. Pese a que la normativa vigente en el momento de la denegación de la solicitud del demandante de amparo no imponía en cualquier caso la adjudicación de un destino, de aquella motivación se desprende que ésta es la situación normal, y

que puede calificarse de excepcional el supuesto de pase a segunda actividad sin destino.

Si esto es así desde una consideración exclusiva del derecho a acceder a funciones públicas, ello debe verse reforzado cuando subyace en la denegación la condición de liberado sindical del peticionario. De modo que en este caso la infracción de aquel derecho está íntimamente relacionada con la de la libertad sindical, que constituye el núcleo central del presente recurso.

c) Consta acreditado que el recurrente en amparo desempeñaba el cargo de secretario general regional del sindicato unificado de policía (SUP), y era liberado sindical a tiempo total desde 1988. Asimismo resulta probada la existencia de un informe del Jefe Superior de Policía de Sevilla, en el que se alude a dicha situación, para manifestar que «desconoce la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea» y que, en consecuencia, «no informa favorablemente la solicitud realizada». El recurrente alude también en su escrito de conclusiones en el proceso «a quo» al informe del Inspector Regional de Servicios, en el que se vuelve a mencionar su carácter de liberado sindical.

La resolución del recurso de alzada se limita a declarar que las previsiones legales no imponen la adjudicación de un destino, en definitiva, que no existe un derecho subjetivo a la obtención de un determinado destino en la situación de segunda actividad, pero nada dice acerca de las vacantes existentes, de la adecuación o no del recurrente a alguna o algunas de las mismas, ni a circunstancias de tipo objetivo —necesidades organizativas o de servicio— que impidiesen la adjudicación a aquél de alguna de las vacantes.

Por su parte la Sentencia recurrida se limita a declarar que, «si a ello se añade que la invocada violación del derecho a la libertad sindical no aparece objetivamente acreditada, la solución no puede ser otra que la desestimación del presente recurso».

Todo este conjunto de circunstancias lleva al Ministerio Fiscal a interesar el otorgamiento del amparo, por entender que se ha producido una lesión del derecho a la libertad sindical. A tal efecto considera que se han aportado indicios más que suficientes de que la condición de liberado sindical del recurrente en amparo ha sido realmente una circunstancia tenida en cuenta para la denegación de un destino, sin que la Administración haya aportado ninguna prueba de lo contrario. Tampoco resulta admisible, a su juicio, desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, la posición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo exigiendo una prueba plena de la lesión de la libertad sindical.

Se trata de un auténtico supuesto de garantía de indemnidad por el ejercicio de un derecho fundamental, la libertad sindical, que se manifiesta, no sólo por la afirmación apodíctica de que no concurrían en el demandante de amparo los requisitos para la adjudicación de un puesto de trabajo en segunda actividad, sino en el hecho de su nombramiento posterior, acreditativo, por tanto, de que sí las poseía, y, en general, en que las autoridades administrativas tenían a su alcance medios para determinar la adecuación de aquél a alguno de los puestos vacantes y para precisar qué circunstancias impedían la adjudicación de una plaza al recurrente en amparo.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando la estimación del recurso de amparo, y en consecuencia que se anulen las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas por vulnerar el derecho a la libertad sindical, declarando el derecho del recurrente a la adjudicación de un destino desde la fecha de su pase a segunda actividad, al no haber justificado en absoluto la Administración las razones de su negativa inicial.

7. El Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 7 de julio de 2005, en el que, con base en la argumentación que a continuación se extracta, interesó la desestimación de la demanda:

a) En relación con la denunciada vulneración de la libertad sindical (art. 28.1 CE) estima que el demandante no justifica suficientemente los hechos a partir de los cuales pretende extraer dicha vulneración. En concreto el recurrente desde la fase administrativa viene considerando que existe un tratamiento desigual por razones sindicales, apoyándose en los siguientes elementos:

1) Desde 1988 a todos los funcionarios que al cumplir la edad reglamentaria de 55 años solicitan un puesto de trabajo en segunda actividad se les viene adjudicando de forma sistemática.

2) Después de habersele denegado al recurrente, otros funcionarios de su misma escala y categoría han obtenido el puesto de trabajo solicitado.

3) El argumento que da la Administración para denegarle el destino, consistente en que es preciso esperar a la convocatoria de los destinos en forma ordinaria, es falaz, dado que las plazas se están otorgando sistemáticamente de forma provisional.

4) El más que desafortunado informe del Jefe Superior de Policía de Sevilla.

Pues bien, los tres primeros indicios no resultan en absoluto probados. En la prueba practicada en el proceso previo únicamente se acreditó que antes y después de la solicitud del demandante de amparo se adjudicaron provisionalmente ocho destinos a funcionarios que pasaban a la situación de segunda actividad. De este hecho no cabe presumir que sistemáticamente se esté accediendo a la solicitud de destino de los funcionarios que pasan a segunda actividad, ni mucho menos que todos los destinos se estén otorgando por un sistema excepcional, como es la cobertura provisional de los mismos. Ha de tenerse en cuenta que de un hecho probado, que algunos destinos se han adjudicado provisionalmente, en la demanda se pretende extraer conclusiones no probadas plenamente, y convertir a éstas en válidos indicios de un nuevo proceso presuntivo.

El desafortunado informe del Jefe Superior de Policía de Sevilla es el que sirve de principal apoyo a la demanda de amparo. Sin embargo el Abogado del Estado considera que tampoco puede extraerse del mismo la conclusión de que las distintas resoluciones administrativas se hayan dictado con vulneración de la libertad sindical. El informe en cuestión es uno más de todos los que se solicitaron y figuran en el expediente, ninguno de los cuales contiene alusiones que pudieran afectar a la libertad sindical. Por otro lado los informes no tienen carácter preceptivo, ni vinculante, y ninguna de las resoluciones administrativas, que son las que reflejan la voluntad de la Administración, recoge el criterio de aquel informe. En definitiva, no parece que pueda considerarse que el citado informe tuviera relevancia alguna en el proceso de formación de la voluntad de la Administración, que denegó la solicitud del interesado por motivos totalmente distintos a los que se recogían en el informe.

De los motivos que determinaron la denegación de la solicitud el demandante tilda de falaz el que los destinos han de convocarse por los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo, considerando que en realidad esconde una finalidad vulneradora de la libertad sindical. Pues bien, el Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, que desarrolla la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad,

establece que los puestos de trabajo que, de acuerdo con el correspondiente catálogo, puedan desempeñar los funcionarios en situación de segunda actividad, «se proveerán de conformidad con el reglamento de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General de la Policía» (art. 5.2). Este Reglamento, aprobado por Real Decreto 997/1989, de 12 de julio, regula el procedimiento de provisión de puestos de trabajo «cuyo desempeño corresponda a miembros del Cuerpo Nacional de Policía, incluidos los que se reserven a los funcionarios en situación de segunda actividad» (art. 1). Así dispone que los procedimientos de provisión de puestos de trabajo son el concurso, general o específico, de méritos y el de libre designación (art. 3.1). En particular «el concurso general de méritos será el procedimiento ordinario de provisión» (art. 3.2), mientras que el concurso específico sólo procede para los puestos de trabajo a que se refiere el art. 7 y el de libre designación para los puestos directivos o de especial responsabilidad que «tengan expresamente atribuido tal sistema de provisión en la relación de puestos de trabajo» (art. 3.3 y 4). Es más, el art. 9 prevé que «sólo se podrán cubrir puestos de trabajo provisionalmente por razones de servicio de carácter urgente y tal situación no podrá exceder de seis meses». En lógica consecuencia del carácter provisional de esta adjudicación el art. 8.2 establece que la Dirección General de la Policía convocará los correspondientes concursos para la provisión de plazas vacantes «de los puestos de trabajo cubiertos provisionalmente, así como los de nueva creación».

Es decir, el razonamiento y el sentido de los actos administrativos, a los que se imputa la vulneración de la libertad sindical, era el único posible de acuerdo con la normativa citada. Tanto la inicial resolución administrativa como la que confirma ésta en alzada fundan la desestimación de la solicitud del demandante de amparo en que la adjudicación del destino no puede realizarse sin la previa convocatoria pública y en que la adjudicación provisional es excepcional. El razonamiento es intachable a la luz de la normativa sobre la provisión de puestos de trabajo en segunda actividad. Y es que respecto a los destinos en segunda actividad cubiertos provisionalmente antes y después de la solicitud del interesado –según certificación de la Administración incorporada en fase probatoria en el proceso–, o bien concurrían las circunstancias de excepcional urgencia que exige el art. 9 del Real Decreto 997/1989, o bien de faltar el presupuesto no eran adjudicaciones ajustadas al citado artículo, siendo reiterada doctrina de este Tribunal que no cabe invocar la desigualdad de trato frente a situaciones de ilegalidad. Es decir, en los casos en los que se adjudicaron los destinos en segunda actividad de forma provisional, bien concurrían circunstancias excepcionales distintas a las de la solicitud del interesado, o bien se adjudicaron con infracción reglamentaria, sin que en ningún caso sea posible equiparación alguna. Ha de resaltarse en este sentido que en los informes emitidos antes de la solicitud del demandante de amparo no consta que existieran circunstancias de urgencia que justificaran la aplicación del procedimiento provisional de adjudicación, y que, por tanto, sólo procedía la provisión del destino mediante el procedimiento ordinario del concurso general de méritos.

Es más, debe tenerse en cuenta que el demandante de amparo solicitó el destino en segunda actividad antes de que efectivamente hubiera pasado a esa situación administrativa, de modo que al tiempo de la solicitud y de la definitiva resolución administrativa no concurrían en él los requisitos subjetivos para acceder a un destino de segunda actividad, que evidentemente exige el previo paso a dicha situación. Por tanto, además de las razones

aducidas en los actos administrativos recurridos, la solicitud del demandante de amparo era improcedente, debiendo desestimarse cualquiera que fuera su condición, no pudiendo encontrarse en aquellos actos una intencionalidad distinta de la del estricto cumplimiento de la legalidad vigente.

En cualquier caso, y a efectos puramente dialécticos, el Abogado del Estado estima que en el supuesto de que se entendiera producida la vulneración alegada no puede accederse a la demanda en los términos del suplico, debiendo únicamente, en su caso, imponerse a la Administración la convocatoria de los destinos en segunda actividad por el procedimiento reglamentario, esto es, el concurso de méritos.

El Abogado del Estado extiende los anteriores razonamientos a la denunciada infracción del art. 23.2 CE, dada la íntima conexión existente en este caso entre la libertad sindical y el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

b) Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir la Sentencia en un defecto de motivación constitucionalmente relevante, al no acordar la práctica de la prueba interesada en el escrito de conclusiones provisionales ni justificarse por qué no se accedía a la petición del recurrente, el Abogado del Estado señala que la práctica de la prueba bajo la cobertura del art. 61.2 LJCA se configura como una potestad atribuida en exclusiva al órgano jurisdiccional, sin que se prevea la posibilidad de que se inste por las partes en el proceso. De modo que la queja del recurrente en amparo ha de reconducirse a una eventual vulneración del derecho a la prueba (art. 24.2 CE).

En la fase probatoria se admitieron y practicaron todas las pruebas propuestas por el recurrente, salvo una testifical contra cuya denegación no se dirige su queja. Por su parte la prueba que interesó como diligencia final debió proponerse en tiempo y forma, si se consideraba relevante. No habiéndose hecho así, la configuración legal del derecho establece que sólo el órgano jurisdiccional, de oficio, y si lo considera necesario, puede practicar las pruebas precisas, dando traslado a las partes para que a continuación formulen las alegaciones que tengan por conveniente. Pero fuera del plazo legalmente establecido para proponer o para obtener la práctica de la prueba no se configura derecho alguno de las partes para proponer o para obtener la práctica de una prueba no solicitada en plazo. Fuera del periodo probatorio sólo existe una facultad enteramente discrecional del órgano jurisdiccional para practicar la prueba que estime necesaria para formar un criterio sobre las pretensiones sometidas a su conocimiento. El derecho de las partes a servirse de los medios probatorios que tengan por conveniente concluye con el término del periodo de prueba establecido legalmente para el proceso en cuestión.

En definitiva, concluye el Abogado del Estado, no era necesaria una especial motivación por el órgano jurisdiccional explicativa en orden a no hacer uso de una facultad que sólo a él correspondía, y respecto de la cual el legislador ni siquiera ha previsto la instancia de parte.

8. La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 11 de julio de 2005, en el que se ratificó en las formuladas en la demanda.

9. Por providencia de 4 de mayo de 2006, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 de mayo siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Aunque la demanda de amparo se dirige formalmente en su encabezamiento contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de diciembre de 2003, han de considerarse impugnadas en este proceso tanto la resolución de la división de personal de la Dirección General de la Policía de 31 de mayo de 2000, por la que se denegó al recurrente en amparo la adjudicación de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, y la resolución de la misma Dirección General de 9 de agosto de 2000, que confirmó enalzada la anterior, a las que sería imputable en su origen la denunciada vulneración de los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (art. 23.2 CE), como aquella Sentencia, a la que se le reprocha, no sólo no haber reparado en la vía judicial la lesión de los referidos derechos fundamentales, sino también con carácter autónomo la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El demandante de amparo funda la aducida vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en la consideración de que la denegación de su solicitud de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad se ha debido en realidad, no a la falta de idoneidad para su desempeño, como se argumenta en las resoluciones administrativas recurridas, sino a su condición de liberado sindical. También estima lesionado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), al haberle conferido la Administración un trato discriminatorio respecto al resto de los funcionarios que solicitan un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, ya que, a diferencia de éstos, no se le sometió a la hoja/cuestionario sobre sus conocimientos para la atribución del puesto de trabajo debido precisamente a su condición de liberado sindical. Y, en fin, reprocha a la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no motivar el órgano judicial por qué no ha accedido a la práctica de la diligencia de prueba que propuso en su escrito de conclusiones provisionales con cobertura en el art. 61.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación de la demanda de amparo. Después de señalar que carece de autonomía propia la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que cualquier déficit en la fundamentación de la Sentencia impugnada referido a los derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE) debe ser analizado en este caso desde la perspectiva de estos derechos fundamentales, y de resaltar la íntima conexión existente entre los derechos recogidos en los arts. 23.2 y 28.1 CE, considera que ha resultado lesionado el derecho a la libertad sindical, al haber aportado el recurrente en amparo indicios más que suficientes de que la condición de liberado sindical ha sido realmente la circunstancia tenida en cuenta para denegarle la solicitud de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, en tanto que la Administración no ha aportado prueba alguna que desvirtúe aquellos indicios.

Por su parte el Abogado del Estado interesa la desestimación de la demanda de amparo. A su juicio el recurrente no ha justificado suficientemente los hechos o indicios a partir de los cuales pretende extraer la conse-

cuencia de la existencia de la denunciada vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), no pudiendo hallarse en las resoluciones impugnadas una intencionalidad distinta a la del estricto cumplimiento de la legalidad reguladora de la situación de segunda actividad. De otra parte reconduce la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), imputable a la Sentencia recurrida, a la del derecho a la prueba (art. 24.2 CE), descartando su lesión, al estimar que no era necesaria una especial motivación por el órgano jurisdiccional por no haber hecho uso de una facultad que sólo a él corresponde, y respecto de la cual el legislador ni siquiera ha previsto la instancia de parte.

2. Hemos de comenzar en este caso por descartar, sin necesidad de una más detenida argumentación, la existencia de la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se imputa a la Sentencia impugnada, al no haber motivado la Sala por qué no ha accedido a practicar la diligencia de prueba que el demandante de amparo propuso en el escrito de conclusiones provisionales con cobertura en el art. 61.2 LJCA, precepto que prevé que «[f]inalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para Sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime necesaria».

Se examine la queja desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como se propone en la demanda, o se reconduzca al derecho a la prueba, como sostiene el Abogado del Estado, ha de recordarse que este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en un supuesto sustancialmente idéntico al ahora considerado, en relación con las diligencias para mejor proveer del art. 340 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, que no cabe apreciar inconstitucionalidad alguna en el hecho de que el órgano judicial no acceda a una prueba solicitada como diligencia para mejor proveer, aun en el supuesto de que en la resolución jurisdiccional no se haga referencia alguna a aquella solicitud. Como dijimos entonces, y cabe reiterar ahora respecto a las diligencias de prueba a las que se refiere el art. 61.2 LJCA, configuradas estas diligencias de prueba como una facultad del órgano jurisdiccional y no como un deber, no puede este Tribunal revisar la utilización que de dicha facultad realicen los órganos judiciales (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 5).

3. La cuestión central que se suscita en la demanda de amparo es la denunciada vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al considerar el recurrente que la Administración le ha denegado la solicitud de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, no por la falta de idoneidad para su desempeño, como se afirma en las resoluciones administrativas impugnadas, sino por su condición de liberado sindical, habiéndose aportado al respecto indicios suficientes de cuál ha sido realmente la causa de dicha denegación.

Al mencionado derecho fundamental ha de reconducirse, como ponen de manifiesto tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, la aducida lesión del derecho a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), ya que, según criterio reiterado de este Tribunal, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad, en este caso en su proyección al acceso a la función pública, quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE. Circunstancia esta última que no concu-

re en este supuesto, al fundarse la discriminación alegada en último término en la condición de liberado sindical del demandante de amparo (SSTC 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; 44/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 44/2004, de 23 de marzo, FJ 2; 17/2005, de 1 de febrero, FJ 1; 241/2005, de 10 de octubre, FJ 2).

4. El examen de la queja del recurrente en amparo requiere traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, recogida ya en la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, acerca de la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que pudieran constituir una discriminación por motivos sindicales.

a) Hemos venido subrayando desde la citada Sentencia 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, necesitan 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, 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. La protección contra el perjuicio de todo orden 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, en vigor para España, con la virtualidad hermenéutica que ex art. 10.2 CE dicho Convenio tiene, 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 todas, SSTC 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; 336/2005, de 20 de diciembre, FJ 4, y resoluciones en ellas citadas).

b) Como una medida necesaria y apropiada para salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores –que trasciende el ámbito puramente procesal–, 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 pueden constituir una discriminación por motivos sindicales. Así hemos dicho 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, finalidad en orden a la cual se articula un 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, un principio de prueba

dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Por 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. Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, 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 inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del «onus probandi» al demandado.

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, 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. 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. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal, y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador.

Esta doctrina se ha proyectado igualmente a supuestos de decisiones discrecionales o no causales. En este tipo de supuestos hemos afirmado que, para excluir la existencia de indicios de la lesión, no es suficiente invocar el carácter del puesto y las facultades discrecionales con que debe resolverse su provisión, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de este puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización «ad casum» con un resultado inconstitucional. En este sentido, en relación con la distribución de la carga de la prueba, hemos señalado que es exigible una justificación causal de la decisión en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, y ello porque desde la perspectiva constitucional las decisiones discrecionales o no causales pueden ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales del trabajador. La facultad empresarial discrecional, entonces, tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de anti-sindicalidad concurrentes sólo si se hace decaer efectivamente, en el caso concreto, y atendiendo a las

circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador (por todas, SSTC 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 171/2003, de 29 de septiembre, FF JJ 3 y 4; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 17/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 216/2005, de 12 de septiembre, FF JJ 4, 6 y 7; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 6 y resoluciones en ellas citadas).

c) Dado que la presente demanda de amparo se refiere a una supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical acaecida en el ámbito de la prestación de servicios de un funcionario público, y no en el ámbito de una relación laboral, no es ocioso recordar que también la Administración pública, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE), 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. En este sentido hemos declarado 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 señalado también 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 (SSTC 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 5; 336/2005, de 20 de diciembre, FFJJ 4 y 5).

5. En este caso, como se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, el demandante de amparo, funcionario de la escala básica del cuerpo nacional de policía, adscrito a la Jefatura Superior de Policía de Sevilla, desempeñaba el cargo de secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía (SUP), y desde febrero de 1988 se encontraba liberado de servicio a tiempo total por asuntos sindicales. Próximo a cumplir la edad reglamentaria para pasar a la situación de segunda actividad, solicitó en fecha 9 de abril de 2000 la adjudicación de un puesto de trabajo en dicha situación administrativa para cuando pasase a la misma.

La división de personal de la Dirección General de la Policía denegó la solicitud del recurrente en amparo por Resolución de 31 de mayo de 2000. En ésta, tras aludirse a la Orden del Ministerio del Interior de 30 de diciembre de 1998, que regula las funciones de los miembros del cuerpo nacional de policía en situación de segunda actividad y la forma de provisión de los puestos de trabajo en esta situación, se razona que «mientras los referidos puestos no se provean a través de la correspondiente convocatoria pública, los mismos podrán ser cubiertos de forma provisional, recayendo en estos supuestos el nombramiento en el funcionario que en cada momento se considere más idóneo, tomando en consideración para ello las directrices fijadas en el precitado apartado primero, punto 1 de la Orden de 30 de diciembre de 1998, lo que se entiende no acaece en el presente caso, por cuanto no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar».

La anterior resolución fue confirmada en alzada por Resolución de la Dirección General de la Policía de 9 de agosto de 2000. Se argumenta en ella, en síntesis, de un lado, que no cabe alegar derecho al otorgamiento de un

destino por pasar a la situación de segunda actividad, siendo potestad de la Administración su atribución, de modo que no se puede unir al solo hecho del pase de un funcionario a la situación de segunda actividad el derecho a obtener un destino en la misma; y, de otro lado, que carecía de todo fundamento la queja del ahora demandante de amparo de que no se le adjudicaba un puesto de trabajo en la situación de segunda actividad por su condición de liberado sindical, pues «esta condición no confiere a los representantes sindicales el derecho a un puesto de trabajo para cuando los mismos pasen a la citada situación por el hecho de serlo, encontrándose por ende en una posición de igualdad con otros funcionarios, siendo potestad de la Administración, como anteriormente se ha dicho, el enjuiciamiento, valoración y adopción de aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, concediendo un destino en segunda actividad a aquellos funcionarios que estime más idóneos, con independencia de la situación de liberado sindical o cualquier otra en la que puedan encontrarse».

El demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra las anteriores resoluciones, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Sevilla, de 11 de diciembre de 2003. La Sala, tras reiterar que no existe de derecho previo del funcionario policial en situación de segunda actividad a ocupar un puesto de trabajo como destino, y que ha de ser la Administración, conforme a las necesidades de servicio, la que considere oportuna la provisión de determinados puestos de trabajo, valorando con objetividad las condiciones, capacidad e idoneidad del solicitante en relación con las características del puesto en concreto ofertado, señala que «[C]onstituye un hecho no discutido que el recurrente es liberado sindical desde el año 1988, razón por la cual desde esa fecha no realiza las funciones propias del puesto de trabajo al que estuvo destinado en tanto estuviera en servicio activo y con anterioridad al pase a la situación de segunda actividad. De ahí que la Administración carezca de criterios para valorar la idoneidad del recurrente para desempeñar alguna de las tareas propias de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad que se especifican en la Orden de 30 de diciembre de 1998. No es acogible por tanto el argumento del recurrente de que sus facultades y capacidad para ocupar un puesto de trabajo se presume son las mismas e igualmente válidas, pues, además, no existe exacta correlación entre las funciones propias del destino hasta entonces ocupado y las que deben desarrollar en situación de segunda actividad, pues de existir tal homogeneidad carecería de sentido la creación de dicha situación administrativa». A la precedente consideración, la Sala añade que «nada se acredita en la demanda sobre el hecho de que a otros funcionarios en segunda actividad, con igual condición, capacidad e idoneidad que el recurrente, se les haya adjudicado destino en tanto que al recurrente, con quebranto del principio de igualdad, se le hubiere negado injustificadamente». Concluye la Sentencia afirmando que «[S]i a ello se añade que la invocada violación del derecho a la libertad sindical no aparece objetivamente acreditada, la solución no puede ser otra que la desestimación del presente recurso» (fundamento de Derecho tercero).

6. Sentado cuanto antecede, nos corresponde analizar ahora si el demandante de amparo ha aportado 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 fundada sospecha de que la Administración ha podido actuar en este supuesto de modo atentatorio al derecho fundamental invocado, pues sólo en caso afirmativo ha de entrar en juego la regla sobre la distribución de la carga de la prueba en los términos de la doctrina que se ha dejado expuesta para garantizar el derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE).

Pues bien, para justificar que la causa real de la denegación a que se le adjudicase un puesto de trabajo en situación de segunda actividad ha sido su actividad sindical, en concreto, su condición de liberado sindical, el demandante de amparo aduce como principal indicio, ya invocado tanto en la vía administrativa como en la judicial previa, el informe emitido sobre su solicitud por el Comisario del cuerpo nacional de policía y titular de la Jefatura Superior de Andalucía Occidental. En dicho informe se hace referencia a la condición de liberado sindical desde el año 1988 del demandante de amparo y al desempeño de su cargo de secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía, para afirmar que por tal circunstancia «el Jefe Superior que suscribe desconoce la idoneidad del solicitante para realizar cualquier tarea», y para concluir que, «además, se presume con lógica que lo que el peticionario desea es continuar como liberado sindical, pero con un puesto de trabajo en Segunda Actividad, motivo por el cual, el Jefe Superior que suscribe no informa favorablemente la solicitud realizada».

Junto al reseñado indicio, en la vía judicial previa, mediante la prueba documental practicada a propuesta del demandante de amparo y a partir del informe emitido al respecto por el Inspector regional de servicios de la división de personal de la Dirección General de la Policía, entre otros, se han aportado los siguientes datos: 1) que en fechas anteriores y posteriores a que pasase el recurrente en amparo a la situación de segunda actividad se adjudicaron con carácter provisional en la Jefatura Superior de Policía de Sevilla, a petición de los interesados, puestos de trabajo en situación de segunda actividad a funcionarios del cuerpo nacional de policía pertenecientes a la escala básica; 2) que por los peticionarios de puestos de trabajo en situación de segunda actividad se cumplimenta una hoja/cuestionario, de la que se adjuntaba modelo, relativa a conocimientos, aptitudes y actitudes básicos que, unida a los informes emitidos por los servicios sanitarios, régimen disciplinario y la unidad en la que venían desempeñando sus servicios en activo, sirve de base al informe final del titular de la Jefatura Superior, hoja e informe que son remitidos a la división de personal a los efectos de la resolución procedente; y, 3) que según el catálogo de puestos de trabajo, en julio de 2000 figuraba para la plantilla de Sevilla una adscripción de 150 puestos de trabajo no singularizados de segunda actividad para la escala básica, de los que sólo se hallaban ocupados 47. Finalmente ha de añadirse a ello que en el expediente administrativo, remitido al órgano jurisdiccional con ocasión del recurso contencioso-administrativo sobre la solicitud por el recurrente en amparo de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, figura un modelo de solicitud de la Dirección General de la Policía, cumplimentado por aquél, pero no existe constancia alguna ni se ha aportado la hoja/cuestionario relativa a conocimientos, aptitudes y actitudes básicos del solicitante, que el demandante de amparo en todo momento, tanto en la vía judicial como en este proceso de amparo, ha negado que le fuera facilitada o instada su cumplimentación.

El conjunto de circunstancias reseñadas es por sí mismo suficiente para fundar un razonable panorama

indiciario de discriminación, contrario a la libertad sindical del demandante de amparo que, al traspasar el umbral mínimo de los indicios, produce el desplazamiento de la regla sobre el «onus probandi» hacia la Administración demandada, siéndole exigible a ésta la carga de aportar datos y razones objetivas en cuya virtud se justifique la decisión de denegar al recurrente en amparo un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, haciendo así patente que la misma se apoya en causas objetivas y ajenas por completo a la aparente discriminación antisindical.

7. Afirmado el indicio probatorio, cuya carga incumbe al recurrente, hemos de pronunciarnos acerca de si desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical las razones esgrimidas por la Administración, tanto en sus resoluciones, como en el proceso «a quo», resultan suficientes para despejar las dudas racionalmente generadas por el panorama indiciario ofrecido por el demandante de amparo.

Pues bien, las razones aducidas al efecto por la Administración, tanto en sus resoluciones, como en el proceso «a quo», en el que se ratificó en el contenido de aquéllas, no pueden ser más escuetas y genéricas. Tras admitir con carácter excepcional la cobertura provisional de los puestos de trabajo en situación de segunda actividad, y sostener que es a la Administración a la que le corresponde atribuir de forma provisional dichos puestos de trabajo a los funcionarios que considere más idóneos, facultad que en momento alguno se ha discutido, el único argumento en el que la Administración ha fundado la denegación al demandante de amparo de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, que viene a confirmar la Sentencia recurrida, es «que no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar».

Este alegato, sin embargo, no es suficiente en este caso, tras el panorama indiciario ofrecido por el demandante de amparo, para estimar que la decisión no obedece a una actitud discriminatoria que tuviese su origen en la actividad sindical de éste, pues lo cierto es que, si la Administración carecía de criterios para valorar la idoneidad del recurrente para desempeñar las tareas propias de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, tal circunstancia únicamente es imputable a la propia Administración, que tenía a su alcance los medios para determinar la adecuación del recurrente a alguno de los puestos vacantes en situación de segunda actividad y precisar, en su caso, las circunstancias que impedían su adjudicación. En efecto, según se ha dejado constancia, la propia Administración reconoció en la fase probatoria del proceso contencioso-administrativo que por los peticionarios de puestos de trabajo en situación de segunda actividad se cumplimentaba una hoja/cuestionario relativa a sus conocimientos, aptitudes y actitudes básicos, cuya finalidad no es otra, como es obvio, que la atribución en su caso del puesto de trabajo acorde con los conocimientos, aptitudes y actitudes básicos del solicitante. Sin embargo no consta en las actuaciones que dicha hoja/cuestionario hubiera sido entregado al recurrente en amparo para su cumplimentación. Al estar involucrado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), era exigible que la Administración expresase los motivos de su decisión, siendo al respecto manifiestamente insuficiente la apodíctica afirmación de que «no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar», a la que se circunscribe la razón esgrimida por la Administración, que, como señala el Ministerio Fiscal, nada argumenta respecto de las vacantes existentes, ni aduce ningún criterio objetivo con base en el cual

podiera considerarse la adecuación o no del recurrente a alguna o algunas de dichas vacantes, ni, en fin, expone circunstancias de tipo objetivo, referidas a las necesidades de servicio u organizativas, que impidiesen la adjudicación al demandante de amparo de un puesto de trabajo en segunda actividad.

En consecuencia hemos de concluir que frente a los indicios aportados por el demandante de amparo, que fueron indebidamente desechados por la Sentencia impugnada, la Administración no ha aportado una justificación suficiente de la causa real que llevó a denegar a aquél un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, sin que puedan aceptarse, por lo demás, las razones que en defensa de la actuación de la Administración ha alegado el Abogado del Estado en este proceso constitucional, pues ni el carácter excepcional de la cobertura provisional de los puestos de trabajo en situación de segunda actividad, ni la circunstancia de que el demandante de amparo hubiera formulado su petición antes de que se hubiera encontrado en dicha situación administrativa, constituyen obstáculos que impidiesen a la Administración adjudicar al demandante de amparo con carácter provisional un puesto de trabajo en situación de segunda actividad para cuando pasase a dicha situación, como se viene a reconocer expresamente en relación con la cobertura provisional, e implícitamente respecto a la formulación de la solicitud antes de que se hubiera pasado efectivamente a la situación de segunda actividad, en las resoluciones administrativas recurridas.

Así pues la Administración no ha cumplido la carga probatoria consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión de denegar al demandante de amparo un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, de forma que dicha decisión se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de toda vulneración del derecho fundamental aducido con base en motivos razonables y ajenos a todo propósito contrario a los derechos fundamentales. Se impone, por ello, el otorgamiento del amparo solicitado, por vulnerar las resoluciones administrativas originariamente recurridas el derecho a la libertad sindical del demandante de amparo, sin que la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, también impugnada, hubiera reparado –y lesionó, por tanto– el indicado derecho del recurrente.

A mayor abundamiento ha de resaltarse, como el Ministerio Fiscal acertadamente advierte, que el posterior otorgamiento al demandante de amparo, que continuaba desempeñando la misma actividad sindical, de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad por Resolución de 15 de diciembre de 2004 pone de manifiesto, no sólo que la Administración disponía de medios para determinar la adecuación del recurrente en amparo a alguno de los puestos de trabajo vacantes, sino también la idoneidad de éste para su desempeño.

8. Procede finalmente determinar el alcance del fallo estimatorio del presente recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 LOTC. En primer lugar hemos de reconocer el derecho del recurrente en amparo a la libertad sindical (art. 28.1 CE), y declarar, en consecuencia, la nulidad de la Resolución de la división de personal de la Dirección General de la Policía de 31 de mayo de 2000 y de la Resolución de la misma Dirección General de 9 de agosto de 2000, así como, en la medida en que las confirma, la de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de diciembre de 2003, recaída en el recurso contencioso-

administrativo núm. 694-2000 [art. 55.2 a) y b) LOTC]. De otra parte el restablecimiento del demandante de amparo en la integridad de su derecho, a quien por Resolución de la división de personal de la Dirección General de la Policía de fecha 15 de diciembre de 2004 se le asignó un puesto de trabajo en situación de segunda actividad, cesando en la situación de segunda actividad sin destino, requiere en este caso, como solicita el Ministerio Fiscal, el reconocimiento de su derecho a la adjudicación de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad desde la fecha de su pase a dicha situación administrativa, al no haber justificado en absoluto la Administración las razones de su negativa inicial.

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 la demanda de amparo interpuesta por don Antonio Jara Muñoz y, en su virtud:

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

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Resolución de la división de personal de la Dirección General de la Policía de 31 de mayo de 2000, de la Resolución de la misma Dirección General de 9 de agosto de 2000 y de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de diciembre de 2003, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 694-2000, restableciendo al recurrente en amparo en la integridad de su derecho en los términos indicados en el fundamento jurídico 8 de esta Sentencia.

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

Dada en Madrid, a ocho de mayo de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

10182 *Sala Segunda. Sentencia 145/2006, de 8 de mayo de 2006. Recurso de amparo 2090-2004. Promovido por don Lounes Khelfaoui frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid que acordaron sustituir la pena de prisión, impuesta en sentencia de 1999 en causa por delito contra la salud pública, por la expulsión del territorio nacional.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (inmodificabilidad): expulsión de un extranjero del territorio nacional en sustitución de una pena privativa de libertad, en avanzado grado de ejecución, que modifica el fallo.

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 el recurso de amparo núm. 2090-2004, promovido por don Lounes Khelfaoui, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Llorente de la Torre y asistido por la Letrada doña Mónica González Martínez, contra el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de febrero de 2004 que desestima el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 19 de noviembre de 2003 del mismo Tribunal, dictado en ejecutoria 76-2001, que acordó la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta en la Sentencia de 4 de marzo de 1999 del indicado órgano jurisdiccional por la expulsión del territorio nacional. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 30 de marzo de 2004 don Lounes Khelfaoui solicitó asistencia jurídica gratuita para la interposición de un recurso de amparo, nombrándosele, tras los trámites oportunos, Abogado y Procurador de oficio. El 30 de julio de 2004 doña Gloria Llorente de la Torre, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Lounes Khelfaoui, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

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

a) El demandante fue condenado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 1999, como autor de un delito contra la salud pública con la atenuante de drogadicción, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, cuatro mil pesetas de multa, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de dos días, así como al abono de las costas procesales.

Dicha Sentencia fue recurrida en casación. Por Sentencia de 4 de abril de 2001 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

b) La pena privativa de libertad comenzó a cumplirse el 28 de junio de 2001, debiendo quedar extinguida el día 21 de junio de 2004; la liquidación de la condena de privación de libertad fue aprobada por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2001.

c) Por providencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2003, habiendo entrado en vigor la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se acordó que pasara la causa nuevamente al Ministerio público para que, a la vista de la nueva redacción del art. 89.1 CP, informase sobre la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio español. Despachando el traslado conferido el Fiscal emitió informe el 16 de octubre de 2003, en el cual no se opuso a dicha sustitución. Otorgado igualmente trámite de audiencia al penado éste manifestó que no estaba de acuerdo con la expulsión del territorio nacional por motivos familiares.

d) Con fecha de 19 de noviembre de 2003 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto en el que acuerda la indicada sustitución, con prohibición de regresar a España en el plazo de diez años contados