

men sin infringir el carácter subsidiario del recurso de amparo.

5. A los efectos del restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho a someter a revisión su condena ante un Tribunal superior, a partir del tenor literal del *petitum* de la demanda, resulta suficiente con la anulación del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2003 y de la Sentencia de la misma Sala de 6 de noviembre de 2002, y retrotraer actuaciones ante dicho órgano judicial para que dicte nueva resolución respetuosa con el derecho vulnerado.

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 a don Óscar Brañas Estévez el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Anular el Auto de 25 de marzo de 2003 y la Sentencia de 6 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictados en recurso de casación núm. 869-2001.

3.º Retrotraer las actuaciones ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo al momento anterior de dictar Sentencia, a fin de que la Sala dicte nueva resolución conforme con el contenido declarado del derecho fundamental reconocido en los términos recogidos en el fundamento jurídico 4.

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

Dada en Madrid, a cinco de junio de dos mil seis.—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.

12212 *Sala Primera. Sentencia 168/2006, de 5 de junio de 2006. Recurso de amparo 3.458/2003. Promovido por don Ricardo Tinoco Vilchez frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en grado de aplicación, desestimó su demanda contra el Ministerio de Defensa por despido de la embajada en Rabat.*

Vulneración del derecho a la libertad sindical: indicios de discriminación contra delegado sindical por una Administración pública al cesar la relación laboral previa amortización de su puesto de trabajo.

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. 3458-2003, promovido por don Ricardo Tinoco Vilchez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Ruiz Esteban y asistido por el Abogado don Carlos Rodríguez Rodríguez, contra la Sentencia de 27 de mayo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de suplicación núm. 1614-2002 interpuesto por el Ministerio de Defensa contra la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, en los autos núm. 699-2001, en procedimiento por despido seguido a instancia de don Ricardo Tinoco Vilchez frente a dicho Ministerio, y contra el acto de cese de la relación laboral. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 28 de mayo de 2003, la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Ruiz Esteban presentó recurso de amparo contra la resolución judicial y el acto administrativo del encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa el recurso, relevantes para la resolución del mismo, son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo ha venido prestando servicios para el Ministerio de Defensa, con la categoría profesional de auxiliar administrativo y destino en la Agregaduría de Defensa en la Embajada de España en Rabat (Marruecos), desde el 1 de diciembre de 1997, en virtud de un contrato laboral de carácter temporal en el que se preveía su finalización cuando se produjera la cobertura de la vacante con carácter indefinido, de acuerdo con los procedimientos establecidos, o cuando se procediese a su amortización. El demandante, que posee estudios secundarios acreditados mediante certificado expedido en Rabat el día 3 de julio de 1979 por el Rector de l'Academie de Bordeaux, dependiente de la Universidad de Burdeos, ha venido efectuando labores de intérprete-traductor de lengua árabe.

b) Con fecha 22 de noviembre de 1999 los integrantes de la sección sindical de la Federación Sindical de Administración Pública de Comisiones Obreras (CC OO) comunicaron al Embajador de España en Rabat su constitución, procediéndose a nombrar Secretario General al demandante de amparo. Este hecho le fue también comunicado el 12 de febrero de 2001 al Agregado de Defensa, que en esa fecha acababa de tomar posesión de su cargo en la referida Embajada.

c) El Agregado de Defensa vino realizando desde su toma de posesión diversos comentarios críticos respecto de la actividad sindical desarrollada por el ahora demandante de amparo, llegando a prohibir a éste el uso de los medios técnicos necesarios para tal actividad, viéndose obligado a utilizar los medios de la Consejería de Información, en la que prestaba servicios don Idriss Skirej Puelles, Secretario de organización de la misma sección sindical, y habiendo tenido que adquirir el sindicato un teléfono móvil para poder llevar a cabo su actividad.

d) Con fecha 29 de junio de 2001 el Agregado de Defensa comunicó su cese al trabajador con efectos del 31 de julio, mediante un oficio en el que se le daba traslado de un escrito del Subdirector General de Personal

Civil del Ministerio de Defensa en el que se indicaba que, por Resolución de 29 de mayo de 2001 de la comisión ejecutiva de la comisión interministerial de retribuciones, se había aprobado la modificación del catálogo de puestos de trabajo del personal laboral de esa Agregaduría de Defensa consistente en la baja del puesto de auxiliar administrativo y la creación de un puesto de oficial de administración (traductor de francés y árabe), por lo que de conformidad con lo previsto en el contrato de trabajo del actor se produciría en la citada fecha la extinción de su relación laboral por amortización de su puesto de trabajo. En octubre de 2001 se publicó la convocatoria del nuevo puesto, mediante acceso libre y por el sistema de oposición, cuyas funciones serían: secretaria del jefe de la Agregaduría, interpretación, traducción de árabe y francés, archivo y todas aquellas complementarias de la actividad administrativa, así como el manejo del equipo de teléfonos, informática y del equipo de oficina, además de todas aquellas que, relacionadas con su categoría, le fueran encomendadas por el jefe de la oficina.

e) Con posterioridad al cese en la Agregaduría de Defensa, el actor comenzó a prestar servicios en el Consulado español en Rabat.

f) En fecha 21 de septiembre de 2001 el actor interpuso demanda por despido contra el Ministerio de Defensa solicitando la declaración de nulidad y, subsidiariamente, la de improcedencia del despido. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid de 12 de noviembre de 2001 estimó la demanda y declaró la nulidad del despido. Además de otras cuestiones que no interesan al presente recurso de amparo, en la Sentencia se estimó probado que la amortización del puesto de trabajo del actor no constituyó «sino la culminación de un proceso que bajo la apariencia de legalidad administrativa, tenía como fin el cese por la vía más rápida posible del trabajador en dicha Agregaduría», pudiendo concluirse que «el auténtico móvil de la apresurada amortización de la plaza del actor fue impedir que continuase en tal dependencia con la actividad sindical a cuyo ejercicio tenía legítimo derecho (art. 28.1 de la Constitución), habiéndose utilizado para obtener su cese un procedimiento aparentemente legal», por lo que «al haber tenido por móvil aquella vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical resultando discriminado por ello frente a sus compañeros no afiliados a un sindicato o no representativos del mismo –(art. 14 de la Constitución)–, su despido ha de ser declarado nulo».

g) La Sentencia fue recurrida en suplicación por el Ministerio de Defensa. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 27 de mayo de 2002, estimó el recurso y revocó la Sentencia de instancia, al considerar que no se estaba «ante un despido improcedente o nulo sino ante la válida extinción de la relación laboral», y que los indicios de discriminación sindical contenidos en la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia podían reputarse «sobradamente desvirtuados» al haber cumplido adecuadamente el Ministerio de Defensa la «responsabilidad probatoria» que le impone la doctrina del Tribunal Constitucional en los casos en que se alega que un acto es lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, «ya que la resolución que acordaba la modificación del catálogo de puestos de trabajo en la Agregaduría de Defensa en Rabat aparece adoptada por el órgano competente para ello, conforme preceptúa el RD 469/87 de 3 de abril, y en principio no consta haya vulnerado las pautas contenidas en el art. 15 de la Ley 30/84 de 2 de agosto sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado».

h) Contra la referida Sentencia el demandante de amparo interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por falta de contenido casacional y falta de contradicción por Auto de 27 de

febrero de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En el Auto la Sala señala que la *ratio decidendi* de la Sentencia recurrida viene constituida por la declaración de válida extinción de la plaza ocupada interinamente por haberse amortizado, lo que ya de por sí determina que el cese no pueda ser declarado improcedente o nulo porque para ello hubiera sido necesario previamente determinar que el cese acordado no fue válido, lo que permitiría dar lugar a la calificación del despido nulo, que es lo pretendido en la demanda y ahora en casación unificadora, por lo que las consideraciones de la Sentencia negando la calificación de nulidad del despido tienen el carácter de obiter dicta. Y como en casación solo se alega la nulidad del despido, sin discutir la previa declaración de validez del cese por haberse amortizado la plaza ocupada interinamente por el demandante, se está recurriendo el obiter dicta antes referido, con lo que el recurso carece de contenido casacional. Por otra parte, tampoco existe contradicción con la Sentencia invocada para contrastar, pues en ésta nada se plantea sobre validez o no de cese en contrato temporal de interinidad en la Administración pública, que es el supuesto contemplado por la Sentencia recurrida.

3. El demandante recurre, al amparo de los arts. 43 y 44 LOTC, tanto la resolución administrativa por la que se le notificó la extinción de su relación laboral con el Ministerio de Defensa como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de 27 de mayo de 2002 que, al estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Ministerio de Defensa, revocó la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid que había declarado nulo el despido, resoluciones a las que imputa la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

Así, aduce el demandante, en primer término, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por valoración arbitraria de los hechos y error notorio en su apreciación por parte del Tribunal. A juicio del demandante, el Tribunal Superior de Justicia procedió a modificar la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de lo Social, en relación con hechos que no habían sido impugnados por la parte demandada en el correspondiente recurso de suplicación.

De una parte, la Sala de lo Social incurre en una valoración arbitraria de la prueba, contraria a lo que las propias partes han admitido, al señalar que la amortización de la plaza sólo supuso el traslado del actor dentro de la misma localidad y sin desvinculación con la demandada. Lo cierto es que el demandante de amparo fue despedido con efectos de 31 de julio, siendo posteriormente contratado, no por el Ministerio de Defensa sino por el de Exteriores, como consecuencia de las conversaciones desarrolladas por responsables sindicales con este último Ministerio, mediante un contrato de seis meses que quedó rescindido al notificarse la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 que se ejecutó provisionalmente y que, una vez revocada por la ahora recurrida, no dejó otra opción al demandante que su regreso a España, encontrándose en desempleo en la fecha de presentación de la demanda de amparo.

Por otra parte, la Sentencia de suplicación procedió a justificar el cese del ahora demandante de amparo obviando la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgado de lo Social, mediante la que, teniendo en cuenta no sólo la documental aportada sino las testificales, concluyó que el Agregado de Defensa había venido exteriorizando desde su toma de posesión su rechazo a la actividad sindical desplegada por el actor, concluyendo que el cese se buscó de propósito para prescindir del actor y apreciando, por ello, la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical. Este error notorio de la Sala

de lo Social en la apreciación del sustrato fáctico incide de manera directa en el derecho de libertad sindical del recurrente.

En segundo lugar, aduce la vulneración por parte del Ministerio de Defensa del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE), dado que, amparándose en la formalidad y en la supuesta legalidad de la extinción de un contrato de trabajo, el móvil no es otro que el de despedir a un trabajador por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Frente a las pruebas aportadas por el actor de la actitud antisindical del Agregado de Defensa, que han sido ignoradas por la Sala de lo Social, el demandado no ha aportado prueba alguna ni ha negado siquiera ninguno de los hechos, limitándose a justificar que no se ha procedido a un despido sino a un cese, tesis que hace suya la Sala de lo Social, ignorando con ello la doctrina de este Tribunal Constitucional en Sentencias como la 84/2002, de 22 de abril, o la 114/2002, de 20 de mayo. Para dar una apariencia de legalidad a esta conducta se ha buscado una treta jurídica, lo que constituye una actuación en fraude de ley que contraviene lo dispuesto en el art. 6.4 del Código civil, un abuso de derecho y una desviación de poder.

4. Por providencia de 6 de julio de 2004 la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo. En esta providencia se dispuso también que, a tenor de lo previsto en el art. 51 LOTC, se requiriera atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid la remisión de testimonio de, respectivamente, el recurso de casación núm. 2974-2002, recurso de suplicación núm. 1614-2002 y autos núm. 699-2001, así como que, al ser el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, la única parte interesada, se le notificara esta resolución, sirviéndole de emplazamiento para que en el plazo de diez días pudiera comparecer, si lo estimara pertinente, en este proceso constitucional, con traslado a dicho efecto de copia de la demanda presentada.

5. Mediante escrito registrado el día 14 de julio de 2004, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, solicitó que se le tuviera por personado en los autos de amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 16 de septiembre de 2004 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid y el escrito del Abogado del Estado, a quien se tuvo por personado y parte en el presente recurso de amparo, acordándose, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal, a la Procuradora doña María Jesús Ruiz Esteban y al Abogado del Estado para que, dentro de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 30 de septiembre de 2004, en el que solicitó la desestimación del recurso de amparo.

Señala, en primer lugar, el Abogado del Estado que la denuncia de lesión del art. 24 CE carece de sustantividad propia, al tratarse de una infracción ocurrida «en relación con el art. 28 CE». Junto a ello, tampoco cabe apreciar que la Sentencia de suplicación haya rectificado los hechos probados, o los haya valorado de forma distinta a la del Juzgado de lo Social, cuestiones ambas que, por lo demás, entrarían dentro de sus facultades revisoras, sino que lo que decidió la revocación de la Sentencia de instancia fue una «censura jurídica» dirigida por el recurrente y que mereció favorable acogida al amparo de una larga

serie de preceptos legales y Sentencias del Tribunal Supremo.

Con carácter previo apunta también el Abogado del Estado la falta de agotamiento por el demandante de la vía judicial previa, al haberse inadmitido por el Tribunal Supremo el recurso de casación para la unificación de doctrina intentado por el actor por el hecho de no haberse atacado por el recurrente lo que el Auto califica de *ratio decidendi* de la Sentencia recurrida, que «viene constituida por la declaración de válida extinción de la plaza ocupada interinamente por haberse amortizado». Como señala el propio Auto, no puede el despido ser declarado improcedente o nulo porque para ello es necesario determinar previamente si el cese fue o no válido, cosa que no planteó el actor en su recurso. En consecuencia, éste fue inadmitido por un defectuoso ejercicio del derecho por parte del recurrente, lo que implica la falta de agotamiento de la vía previa, que tanto se deja inagotada si no se interpone un recurso procedente como si, interpuesto éste, se causa su inadmisión por una defectuosa e insuficiente impugnación de lo que debe constituir su objeto.

La distinción que establecen, tanto la resolución recurrida como el Auto del Tribunal Supremo, entre el cese de la relación laboral por causas o motivos legal y contractualmente establecidos y el despido, no sólo se ajusta plena e irreprochablemente a la legislación vigente sino que cada uno de estos dos casos presenta diferencias esenciales entre sí a la hora de proyectar sobre ellos la hipótesis de un tratamiento discriminatorio y lesivo de la libertad sindical. No es lo mismo que se pretenda extinguir un contrato anticipadamente dentro de su natural período de vigencia por la concurrencia de supuestos anormales a que el contrato haya de cesar por una causa prevista y convenida, como ocurre en el presente caso, en el que la duración del contrato estaba resolutoriamente condicionada a la provisión de los correspondientes puestos con el carácter de fijos. Admitiendo que el tratamiento discriminatorio puede producirse también en la aplicación de cláusulas contractuales resolutorias, debe resaltarse, sin embargo, la existencia de importantes diferencias entre ambos supuestos. En primer lugar, en el caso del despido discriminatorio su efecto es la nulidad, debiendo readmitir el empresario al trabajador porque la relación jurídica habría seguido vigente de no haber mediado el acto ilegítimo del despido. En cambio, en casos como el presente, a lo que llevaría es a la transformación de hecho de la situación de interinidad en una situación propia de un contrato indefinido, a la privación de los derechos del titular que ha concurrido a la convocatoria y ha merecido la plaza o a la vinculación perpetua al mantenimiento de un puesto de trabajo innecesario para la Administración y cuya supresión ésta había acordado. El efecto de la readmisión en casos como el presente no se limitaría, como sucede en los casos de despido discriminatorio, a eliminar un acto ilícito, haciendo posible los efectos que se habrían dado de no mediar aquél. Aquí se crearía un efecto constitutivo consistente en transformar esencialmente la relación, con menoscabo de sus estipulaciones, y daño para los acuerdos sobre convocatoria y provisión de plaza. Conclusiones absurdas, como afirma con toda razón el fundamento de la Sentencia recurrida, que además lesionarían otros mandatos constitucionales, entre ellos el propio art. 103.3 CE que la jurisdicción viene aplicando para negar la condición de fijo de plantilla a quien no ha accedido a un puesto de empleo público superando las pruebas que acrediten que lo ha hecho con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La propia demanda, comprendiendo estos aspectos, ha tratado de justificar su pretensión combatiendo no sólo el cese sino la convocatoria de oposición libre para la plaza, señalando que se amortiza el puesto de trabajo pero se crea otro con idénticas funciones, que además ya venía realizando el actor. Sin embargo, es lo cierto que el

actor no ha acreditado ni la identidad de funciones entre el puesto amortizado y el convocado, ni su aptitud para desempeñarlo, cuestiones éstas cuya acreditación resultaría indispensable para que pudiera prosperar la pretensión de nulidad radical.

Los elementos que pone en juego la demanda de amparo en justificación del carácter espurio de los motivos de su cese son de nula consistencia; prácticamente quedan reducidos a lo que expone el antecedente de hecho cuarto de la Sentencia impugnada relativo a la prohibición de utilizar los medios técnicos de la Agregaduría de Defensa para fines sindicales, medios que, sin embargo, le facilitaba otra dependencia de la Embajada, aunque el sindicato hubiera de adquirir un teléfono móvil para llevar a cabo su actividad. Parece innecesario resaltar la irrelevancia de estos puntos; ni la Administración está obligada a realizar a favor de los sindicatos otras prestaciones que las previstas en la ley, ni en último extremo habrían de excluirse o dispensarse de aplicación las medidas de orden o de disciplina previstas en cada servicio. Ni siquiera se sugiere que los servicios que el demandante estima hallarse excluidos de utilización para él estuvieran autorizados o consentidos para otras personas.

Finalmente, hay que recordar que el cese del demandante en el servicio que venía desempeñando fue seguido sin solución de continuidad por la formalización de otro contrato similar al extinguido, lo que llevó, incluso al Juzgador de instancia, a rechazar que pudiera entenderse vulnerada la garantía de indemnidad del trabajador. Si ese contrato no llegó a su término fue debido al propio y voluntario desistimiento del demandante, como reconoce en la página 13 de la demanda.

8. Mediante escrito registrado el día 19 de octubre de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Ruiz Esteban, actuando en nombre y representación del demandante de amparo, presentó sus alegaciones, remitiéndose en su integridad a los hechos y fundamentos de derecho de su escrito de demanda.

Añade en su escrito la representación procesal del demandante de amparo que en ningún caso pretende poner en duda la capacidad de autoorganización de la Administración y su potestad para amortizar un puesto de trabajo o para modificar su contenido, sino denunciar que, en el presente caso, los actos de amortización del puesto de trabajo del actor escondían una clara finalidad, que era la de impedir que continuase en el ejercicio de su actividad sindical. Y para ello se incurre en fraude de ley, proscrito por el art. 6.4 CC, al enmascarar con una actuación en principio legal y conforme con el ordenamiento jurídico —la amortización de una plaza— una acción espuria y torticera, cuyo móvil no es sino eliminar la presencia de un activo delegado sindical, que no había podido ser impedida pese a los intentos efectuados por el Agregado de Defensa, como se acreditó en hechos probados.

Esta flagrante vulneración de un derecho fundamental fue apreciada claramente por el Juzgador de instancia, quien de la valoración de todas las pruebas aportadas y realizadas, conforme a los principios de oralidad e inmediación que rigen en el proceso laboral, declaró la nulidad del cese por vulneración del derecho de libertad sindical. Pues ¿qué sentido podía tener el amortizar un puesto para crear otro cuyas funciones estaban siendo ya desempeñadas por el propio actor? El fondo del debate planteado ante la Sala no era sino descubrir si existió un motivo oculto y espurio en la amortización del puesto de trabajo del actor, buscando, mediante su cese, eliminar su actividad sindical. Porque todo proceso ha de buscar la verdad material que subyace en los hechos enjuiciados, sin quedarse en las meras apariencias o formas.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 26 de

octubre de 2004, en el que solicitó el otorgamiento del amparo.

El Ministerio público señala, en primer lugar, que en el presente supuesto la invocación del art. 24.1 CE es redundante respecto de la alegación del art. 28.1 CE. Así, el art. 24.1 carece en este caso de sustantividad propia, pues la razonabilidad o irrazonabilidad del discurso argumental de la Sentencia, en cuanto a la naturaleza de la relación que vinculaba a las partes o acerca de la existencia de indicios de discriminación, constituye una construcción dogmática que también se sitúa en el ámbito propio del derecho sustantivo a la actividad sindical.

Enfocado de este modo el asunto, y tras analizar la jurisprudencia de este Tribunal sobre la garantía de indemnidad que forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, en su vertiente individual, y sobre las reglas de distribución de la carga de la prueba en aquellos procesos en que se invoque la vulneración de este derecho fundamental, concluye el Ministerio Fiscal afirmando la realidad de la vulneración denunciada en la demanda de amparo, en cuanto que la Sentencia de la Sala se pronuncia sin llegar a modificar los hechos probados de la Sentencia de instancia, obviando tanto la realidad de la existencia de un traslado a otro puesto de trabajo y el consiguiente apartamiento de la Agregaduría de Defensa, como la clara animosidad del titular de este departamento frente a la acción sindical del ahora recurrente, tal y como afirma la Sentencia de instancia y no rectifica la de suplicación. Pues bien, una vez apuntada la existencia de los referidos indicios, la única razón que ofrece la Administración es la de la amortización de la plaza y su sustitución por otra correspondiente a categoría superior, que no obstante no se crea sino tres meses después de proceder al cese del trabajador, siendo tal actuación administrativa una excepción en el ordinario modo de conducirse la Administración en supuestos similares. Con ello puede afirmarse que la solidez de los indicios no queda en modo alguno desvirtuada, constituyendo, en definitiva, la actuación de la Subdirección de Personal Civil una decisión de carácter discriminatorio en razón de la actividad sindical del actor.

10. Por providencia de 1 de junio de 2006 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 5 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo aduce en su recurso la vulneración por la resolución recurrida de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Considera el demandante que el acto de cese de su relación laboral con el Ministerio de Defensa vulneró su derecho fundamental a la libertad sindical, dado que, amparándose en la formalidad y en la supuesta legalidad de la extinción de un contrato de trabajo, el móvil no fue otro que el de despedir a un trabajador por el desempeño legítimo de la actividad sindical, mientras que la Sentencia de 27 de mayo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que revocó la resolución judicial de instancia y absolvió a la Administración demandada, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva, al haber incurrido en una valoración arbitraria de los hechos y en un error notorio en su apreciación.

El Abogado del Estado, además de oponer el óbice de admisibilidad de la falta de agotamiento de la vía judicial previa, se opone a la estimación del recurso, señalando que en el presente caso no nos encontramos en realidad ante un despido, sino ante el cese de una relación laboral por causas o motivos legal y contractualmente establecidos, y que los elementos que ha puesto en juego el demandante en su demanda en justificación del carácter

espurio de los motivos del cese resultan de nula consistencia.

El Ministerio Fiscal, por su parte, solicita el otorgamiento del amparo, al estimar que los sólidos indicios aportados por el demandante sobre la existencia de una conducta antisindical no han quedado en modo alguno desvirtuados por la Administración demandada, por lo que debe concluirse que la actuación de la Subdirección de personal civil en el asunto considerado obedece a una decisión de carácter discriminatorio en razón de la actividad sindical del actor.

2. Antes de entrar a analizar el contenido de las denuncias de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, resulta preciso considerar la concurrencia o no del óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa puesto de manifiesto por el Abogado del Estado en sus alegaciones. Señala a tal respecto éste en su escrito que el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia ahora recurrida en amparo resultó inadmitido por un defectuoso ejercicio del derecho por parte del recurrente, lo que implica la falta de agotamiento de la vía previa, que tanto se deja inagotada si no se interpone un recurso procedente como si, interpuesto éste, se causa su inadmisión por una defectuosa e insuficiente impugnación de lo que debe constituir su objeto.

Esta conclusión se obtiene para el Abogado del Estado del hecho de que el Tribunal Supremo inadmitiese el recurso, no sólo por falta de contradicción entre la Sentencia recurrida y la aportada como contraste sino, también, por falta de contenido casacional. Señala, en tal sentido, el Auto de inadmisión que el recurrente no ha atacado en su recurso lo que califica como *ratio decidendi* de la resolución recurrida, que viene constituida por la declaración de válida extinción de la plaza ocupada interinamente por haberse amortizado, lo que ya de por sí determina que el cese no pueda ser declarado improcedente o nulo porque para ello hubiera sido necesario previamente determinar que el cese acordado no fue válido, lo que permitiría dar lugar a la calificación del despido nulo, que es lo pretendido en la demanda y en la casación unificadora. En consecuencia, concluye que las consideraciones de la Sentencia recurrida negando la calificación de nulidad del despido sólo tienen el carácter de obiter dicta, y como en casación sólo se alega la nulidad del despido sin discutir la previa declaración de validez del cese por haberse amortizado la plaza ocupada interinamente por el demandante, se está en realidad recurriendo el obiter dictum antes referido y no la *ratio decidendi* de la Sentencia, con lo que el recurso carecería de contenido casacional.

Sin embargo, no es posible compartir la objeción planteada por el Abogado del Estado. Sin perjuicio de que no debamos entrar a analizar el criterio sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la resolución a la que acaba de hacerse referencia, que no ha sido recurrida en la demanda de amparo y respecto de la que no se han efectuado alegaciones, es lo cierto que no cabe apreciar un defectuoso agotamiento de la vía judicial previa, de acuerdo con nuestra doctrina. El demandante de amparo interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina que le había sido expresamente ofrecido en la Sentencia de suplicación y que estimó útil para subsanar las vulneraciones constitucionales ahora denunciadas en amparo, y lo interpuso contra una Sentencia que había revocado en suplicación la resolución de instancia que le había sido favorable y en la que se declaró como despido nulo el cese del que había sido objeto.

El núcleo de la cuestión debatida en el proceso era la determinación de si la decisión del Ministerio de Defensa de amortizar la plaza ocupada por el actor y, como consecuencia de ello y de acuerdo con las estipulaciones pacta-

das en el contrato de trabajo, de proceder al cese del mismo en su puesto de trabajo, tenía o no como móvil la vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical, discriminándolo negativamente por el hecho de su actividad sindical frente a sus compañeros no afiliados a un sindicato o no representativos del mismo. Así se declaró en la Sentencia del Juzgado de lo Social y es esta declaración la que quedó contradicha en la Sentencia de suplicación, que apreció que el cese se había producido en los términos pactados en el contrato de trabajo y de acuerdo con las facultades de la Administración para decidir sobre la modificación y supresión de los puestos de trabajo, habiendo quedado desvirtuados los indicios de discriminación aportados por el actor mediante la prueba por la demandada de la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva y eliminar cualquier sospecha de discriminación.

El demandante de amparo recurrió en casación para la unificación de doctrina la Sentencia anterior alegando nuevamente que la decisión de amortización de su plaza y el cese consiguiente encubrían en realidad un móvil discriminatorio, pretensión que es la misma que había planteado en su demanda inicial y que resultó plenamente acogida por la Sentencia de instancia. No parece posible distinguir, así, entre cese por amortización de la plaza y nulidad del despido como si se tratara de dos objetos procesales diferentes, puesto que lo que se discutía era, precisamente, si el cese por amortización de la plaza, por tener un móvil antisindical, debía ser calificado como despido nulo. El demandante nunca ha discutido si la Administración está facultada o no para amortizar puestos de trabajo, ni si la amortización de un puesto debe o no comportar el cese de la persona que lo ocupa, ni si se había seguido correctamente o no en el caso de autos el procedimiento legalmente establecido. Lo que se ha discutido es si todo ello ha tenido en el presente caso una motivación antisindical, siendo éste el núcleo del debate tanto en instancia como en suplicación y sobre lo que han versado las respectivas resoluciones recaídas. En consecuencia, no cabe apreciar que al llevar el recurrente este mismo debate al ámbito de la casación unificadora haya dejado de impugnar en vía judicial la *ratio decidendi* de la resolución ahora recurrida en amparo, debiéndose rechazar por ello la concurrencia de la pretendida falta de agotamiento de la vía judicial previa aducida por el Abogado del Estado.

3. Rechazada la existencia del óbice procesal puesto de manifiesto por el Abogado del Estado, procede examinar las quejas que se formulan en la demanda de amparo. El presente recurso de amparo constituye un recurso de los denominados «mixtos», en la medida en que, con base en los arts. 43 y 44 LOTC, la demanda se dirige tanto contra la decisión administrativa de cese del actor, a la que se imputa la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE) como contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 27 de mayo de 2002, que absolvió (revocando la Sentencia de instancia) a la Administración demandada de las pretensiones deducidas en su contra, a la que se imputa la vulneración de ese mismo derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

No obstante, es lo cierto que, como ponen de manifiesto tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva carece de sustantividad propia y resulta puramente formal e instrumental respecto de la alegación fundamental referida al derecho de libertad sindical. Básicamente el demandante considera que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la

medida en que ha revocado la Sentencia del Juzgado de lo Social y, en consecuencia, no ha reparado la vulneración del derecho a la libertad sindical que el demandante imputa al Ministerio de Defensa, y ello, según se afirma, como consecuencia de una valoración arbitraria de los hechos y de un error notorio en su apreciación, por lo que debemos concluir que esta queja se subsume en la referida al art. 28.1 CE, que sería en realidad el derecho fundamental vulnerado por la Administración y no amparado por la resolución judicial recurrida.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Sentencia recurrida revocó la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid de fecha 12 de noviembre de 2001, que había declarado la nulidad del despido del actor y condenado al Ministerio de Defensa a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir. Por ello, la demanda de amparo se limita a solicitar que, tras declararse la vulneración del derecho del demandante a la libertad sindical, se declare la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, con la consiguiente firmeza de la dictada por el Juzgado de lo Social que surtiría plenos efectos reparadores de la vulneración denunciada.

Finalmente, ha de hacerse notar también que la demanda de amparo no imputa ninguna vulneración al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2003, que inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la resolución ahora recurrida, razón por la cual el citado Auto deberá quedar fuera de nuestro enjuiciamiento (SSTC 82/1997, de 22 de abril, FJ 1; 140/1999, de 20 de julio, FJ 9; 153/2000, de 12 de junio, FJ 1; y 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 2).

4. En consecuencia, nuestro análisis debe centrarse específicamente en la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Conviene, por ello, empezar por recordar los parámetros esenciales de nuestro canon de enjuiciamiento, tal y como han sido definidos por la doctrina de este Tribunal.

Desde nuestra temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos venido subrayando que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 94/1995, de 16 de junio, FJ 2; y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3). Y que, asimismo, como recordábamos en la STC 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2, este derecho garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, 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 sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5; y 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3).

Para analizar la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical en los términos definidos, debemos afirmar una vez más la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. Como recordábamos en la STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, sistematizando y resumiendo nuestra reiterada doctrina anterior, la

necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario, bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Bajo estas premisas ha venido aplicando nuestra jurisprudencia la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6).

Por ello, hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas).

5. 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 trabajador de la Administración pública, no es ocioso recordar que, conforme a nuestra reiterada doctrina, también la Administración, «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)» (STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 6), está sujeta a la necesidad de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte del personal a su servicio se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, y en este sentido hemos afirmado 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 (SSTC 114/2002, de 20 de mayo, FJ 7; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 5; y 111/2003, de 16 de junio, FJ 5).

6. De conformidad con todo ello, y en los términos enunciados, nos corresponde analizar si el demandante acreditó en el caso de autos la existencia de indicios que generen una razonable apariencia a favor de la alegación de vulneración de su derecho a la libertad sindical.

Para apreciar la concurrencia del indicio, como ha señalado nuestra jurisprudencia, 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 deberá 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 verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado (por todas, SSTC 111/2003, de 16 de junio, FJ 4; y 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3).

Porque, en definitiva, la confluencia del factor sindical y el cese representa únicamente, en principio, un supuesto de la posibilidad misma de la lesión aducida, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la carga de probar la adecuación constitucional de su acto. No debe olvidarse que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales (STC 214/2001, de 29 de octubre, FJ 6), y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo (ATC 367/1989, de 3 de julio, FJ único; y SSTC 293/1993, de 18 de octubre, FJ 6; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 8; y 14/2002, de 28 de enero, FJ 6).

Pues bien, de los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia se desprende de manera inequívoca que el demandante de amparo ha superado en el asunto considerado ese umbral mínimo al que acabamos de hacer referencia, estableciendo indicios suficientes de una posible conexión entre la decisión de su cese, previa amortización del puesto de trabajo que venía ocupando, y el ejercicio de su actividad sindical. En efecto, son dos los elementos a considerar para apreciar la existencia de esta conexión. De una parte, el hecho de que la decisión administrativa que dio origen al cese del demandante de amparo se produjera a los pocos semanas de haber tomado posesión un nuevo Agregado de Defensa y de que se hubiera informado al mismo de su designación como Secretario General de la sección sindical de la Federación Sindical de Administración Pública de CC OO; así, se recoge en el hecho probado tercero que el Agregado de Defensa fue informado de la responsabilidad sindical del actor el día 12 de febrero de 2001, siendo así que, según refleja el hecho probado quinto, el 29 de mayo siguiente se celebró la reunión de la Comisión Interministerial de Retribuciones que decidió la amortización del puesto de trabajo del actor, que llevaba prestando ininterrumpidamente servicios en dicho puesto de trabajo desde el 1 de diciembre de 1997 (hecho probado primero). De otra, la constatación de la existencia, en tan corto espacio de tiempo, de una expresa y exteriorizada actitud de hostili-

dad del citado Agregado de Defensa hacia el actor, ahora demandante de amparo, como consecuencia de su actividad sindical; así, se recoge textualmente en el hecho probado cuarto que el citado Agregado de Defensa «ha venido efectuando diversos comentarios despectivos respecto de la actividad sindical realizada por el actor, llegando a prohibir a éste el uso de los medios técnicos para tal actividad, viéndose obligado a utilizar los medios de la Consejería de Información, en la que presta servicios D. Idriss Skirej Puelles, Secretario de Organización en la misma Sección Sindical y habiendo tenido que adquirir el sindicato un teléfono móvil para que pudiera llevar a cabo su actividad».

Pues bien, al margen de la consideración que en relación con el derecho al ejercicio de la actividad sindical puedan merecer las decisiones adoptadas por el Agregado de Defensa en lo relativo a la utilización o no de determinados medios de la Agregaduría para el desarrollo de dicha actividad, cuestión sobre la que se extiende el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones y que no constituye propiamente el objeto del presente proceso de amparo, es lo cierto que los dos elementos descritos conforman un panorama indiciario suficiente de la posibilidad de ocurrencia de la vulneración constitucional denunciada: está probada la existencia de una actitud de hostilidad hacia el demandante de amparo por razón de su actividad sindical por parte del responsable de la unidad administrativa en la que prestaba sus servicios y existe una evidente conexión temporal entre la fecha en que se adoptó la decisión administrativa que dio lugar a su cese y aquélla en la que el citado Agregado de Defensa tuvo conocimiento de la responsabilidad sindical del actor, tras su toma de posesión como responsable de la unidad.

Por lo demás, la existencia de estos indicios no es en realidad discutida por la Sentencia que ahora se recurre, que, aun cuando en su fundamento jurídico segundo señala que las conductas descritas en el hecho probado cuarto y la cronología de los acontecimientos que se describen en los ordinales 4 al 7 no son suficientes en pro de la declaración de nulidad, no fundamenta en realidad su fallo estimatorio del recurso de suplicación en la inexistencia de indicios o en la insuficiencia de los mismos, sino en haberse cumplido adecuadamente por la Administración demandada la carga probatoria que le incumbía en relación con la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva, permitiendo eliminar cualquier sospecha de vulneración de los derechos fundamentales. Señala, así, la Sentencia recurrida que «aquellos indicios pueden reputarse sobradamente desvirtuados, lo que conduce a estimar, conforme ya se ha adelantado, que no estamos ante un despido, nulo o improcedente, sino ante la válida extinción del contrato de trabajo, por haber sido amortizada la plaza hasta entonces interinamente ocupada» (fundamento jurídico segundo, *in fine*).

Y es que, efectivamente, la existencia de indicios de discriminación no es suficiente para determinar que ha existido una vulneración del art. 28.1 CE, por cuanto que la medida adoptada por parte de la Administración podría responder, entre otros, a criterios de reestructuración internos de carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Como ya hemos señalado, la libertad sindical no confiere a los representantes sindicales un derecho a la intangibilidad de su puesto de trabajo, de forma que no puede impedir a la Administración el adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción a los mismos de aquel personal que estime más capaz, sin que tal cambio constituya limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales (SSTC 293/1993, de 18 de

octubre, FJ 6; 85/1995, de 6 de junio, FJ 6; y 17/1996, de 7 de febrero, FJ 5).

7. Por tanto, una vez confirmada la existencia de indicios de discriminación sindical, nos corresponde ya analizar si, efectivamente, la Administración demandada ha conseguido o no en el proceso judicial neutralizar los mismos mediante la acreditación de que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como de que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios.

Señala a tal respecto la Sentencia recurrida en amparo que la responsabilidad probatoria que a la Administración incumbía había sido adecuadamente cumplida, ya que la resolución que acordaba la modificación del catálogo de puestos de trabajo había sido adoptada por el órgano competente para ello y no constaba que hubiera vulnerado las pautas contenidas en el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, respecto a la confección de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, no pudiendo reputarse tampoco coincidentes los cometidos del puesto amortizado y los del nuevo puesto creado.

Pues bien, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, no podemos apreciar que la solidez de los indicios haya sido desvirtuada como consecuencia de las razones apuntadas por la Administración para justificar su actuación. De los hechos probados recogidos en la Sentencia de instancia se desprende que los tres únicos extremos que podrían tener relación con un intento de actividad probatoria sobre la causa lícita del cese son los siguientes:

a) En primer lugar, los que derivan de la propia comunicación de cese. Es decir, la Resolución aprobada por la comisión ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en su reunión del 29 de mayo de 2001 por la que se modificó el catálogo de puestos de trabajo del personal laboral de la Agregaduría de Defensa, amortizando el puesto de trabajo del actor de auxiliar administrativo y creando en su lugar otro de oficial de administración (traductor de francés y árabe).

b) En segundo lugar, la convocatoria en octubre de 2001 de la nueva plaza creada.

c) En tercer y último lugar, el dato de que el trabajador con posterioridad a su cese pasó a prestar servicios en el Consulado español en Rabat.

De tales extremos extrae la Sentencia de suplicación su conclusión sobre la existencia de una prueba en contrario de la Administración suficiente para contrarrestar los indicios discriminatorios aportados. Sin embargo, tal conclusión no se compadece con la doctrina de este Tribunal en supuestos similares.

8. En efecto, la Sentencia de la Sala de lo Social basa su fallo en la legalidad de la decisión de la Administración demandada. El puesto de trabajo fue amortizado conforme a la normativa que rige este tipo de decisiones y por el órgano competente para ello. En consecuencia, dado que el contrato del actor estaba sometido a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo, de acuerdo con su propia naturaleza de relación contractual de interinidad, debe concluirse que, si nos atenemos a esa única razón, no nos encontraríamos ante un despido improcedente o nulo sino ante la válida extinción de la relación laboral por una causa prevista en el propio contrato.

Sin embargo, la legalidad del cese y su realización en el marco de las facultades de la Administración demandada y de lo pactado en el propio contrato no es por sí misma suficiente para descartar que se haya producido una vulneración del derecho de libertad sindical. La cuestión relevante es si esa motivación, desde la perspectiva

de las exigencias del art. 28.1 CE, puede considerarse como una «justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionadamente tal decisión y eliminado toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental» (STC 84/2002, de 22 de abril, FJ 6).

En el ámbito de las relaciones laborales hemos precisado repetidamente que esta carga probatoria incumbe al empleador también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que, como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4; 87/1998, de 21 de abril, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 7; 98/2003, de 2 de junio, FJ 2; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; y 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 7).

En efecto, como fue destacado en la STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 6, también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos. Tan elemental premisa no se excepciona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones.

Y más concretamente, en el ámbito de relaciones entre los empleados públicos y la Administración, hemos afirmado también que el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de los servicios no modifica la exigencia de esta carga probatoria, a la que la Administración debe atender «incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales», aunque se aceptara que aquéllas no precisaran «ser motivadas, ya que como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales» (STC 84/2002, de 22 de abril, FJ 6).

Como hemos señalado en relación con otros supuestos próximos al que ahora se analiza, como son los relativos a las facultades empresariales discrecionales que conlleva la naturaleza de un puesto de libre designación, dicha naturaleza «no es bastante para descartar su posible instrumentalización *ad casum* con un resultado inconstitucional. En ese sentido, nuestra STC 29/2002, de 11 de febrero, en relación con la distribución de la carga de la prueba, precisó que es exigible una justificación causal de la decisión 'en su específica y singular proyección sobre el caso concreto'. La facultad empresarial de cese, entonces, tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de antisindicalidad concurrentes sólo si hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador» (STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6).

9. Pues bien, la prueba necesaria para desvirtuar los indicios se ha limitado, en el presente caso, a la constatación de que la plaza del actor fue amortizada por resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones, órgano competente para ello. Pero este hecho no es por sí solo suficiente para descartar una lesión del derecho de libertad sindical del recurrente, porque ni acredita las causas de la amortización del puesto de trabajo ni que éstas

resulten ajenas por completo al móvil discriminatorio, por lo que bien podría ocurrir que, como consideró el Juzgado de lo Social, la amortización del puesto fuera precisamente el medio elegido para amparar formalmente la vulneración del derecho.

En efecto, nada aparece en las resoluciones judiciales analizadas que indique que la Administración demandada hubiera probado, y ni siquiera alegado, justificación alguna en relación con la modificación del catálogo de puestos de trabajo efectuada y con la consiguiente amortización del puesto del trabajador. Ni quién la solicitó, ni en qué momento se solicitó; ni cuáles fueron las razones organizativas o de otro tipo que la justificaban; ni si la reorganización afectó a todas las Agregadurías de la Embajada o sólo a la de Defensa; ni si afectó al conjunto de puestos de trabajo de la Agregaduría o sólo al del actor; ni si se trataba de una modificación paralela a las realizadas en otras Embajadas o, al menos, en otras Agregadurías de Defensa o que se correspondía con algún tipo de criterio general de adecuación de estructuras administrativas o si era, por el contrario, exclusiva de la Agregaduría de Rabat; ni qué diferencias de exigencias funcionales conllevaban uno y otro puesto, ni las razones en su caso de haber considerado necesario el incremento del nivel del puesto (siendo cierto que, como señala el Juzgador de instancia, tales diferencias no se perciben con claridad a través de las definiciones de los dos puestos de trabajo, que al margen de matices semánticos y de una mayor concreción en el caso del segundo, parecen responder efectivamente a un mismo perfil de secretaría administrativa con funciones, en ambos casos, de interpretación y traducción); tampoco la convocatoria efectiva de la plaza, que se produce 3 meses después de la modificación del catálogo de puestos de trabajo y del cese del actor y una vez planteada la demanda por despido, y de la que no consta su efectiva cobertura, aporta elemento de valoración alguno.

Carece igualmente de relevancia en el contexto considerado el hecho de que la causa de extinción del contrato de trabajo por amortización o cobertura del puesto se encontrara expresamente prevista en el mismo. En relación con la finalización de contratos temporales, hemos señalado que el hecho de que los mismos se extingan en la fecha y en las condiciones que habían sido previstas por las partes en el momento de su celebración puede permitir neutralizar el indicio probatorio de la vulneración de derechos fundamentales aportado, pero que, sin embargo, «este dato no es siempre por sí mismo suficiente para entender que ello deba ser necesariamente así» (SSTC 144/2005, de 6 de junio, FJ 7; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 5). Y si ello lo hemos afirmado en relación con supuestos en los que el contrato temporal se había extinguido a la llegada del término pactado, con mayor motivo habremos de afirmarlo en aquellos en que la extinción se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria cuyo acaecimiento tiene su origen en la propia voluntad de la Administración empleadora, como ocurre con la decisión de amortización de un puesto de trabajo.

No se corresponde, en fin, con los hechos probados la consideración de que el demandante fue objeto, en realidad, de un mero traslado dentro de la misma localidad, que no supuso su total desvinculación con la demandada. Como se señala en el hecho probado quinto de la Sentencia de instancia, al actor se le comunicó la extinción de su relación laboral con el Ministerio de Defensa como consecuencia de la amortización de su puesto de trabajo de auxiliar administrativo, y es esta extinción contractual la que ha constituido el objeto del proceso judicial, dirigido a determinar su calificación o no como despido discriminatorio, resultando irrelevante a efectos de tal consideración el hecho de que, con posterioridad a la extinción, el actor hubiera comenzado a prestar servicios en el Consulado español de Rabat (hecho probado séptimo) pues,

además de ser esta nueva contratación posterior al cese cuya calificación se discute, se produce en una unidad administrativa diferente, dependiente de otro departamento ministerial y ajena al ámbito de decisión en el que se ha estimado probada la concurrencia de los indicios de discriminación sindical.

En definitiva, nada existe en la resolución judicial impugnada que permita descartar que la decisión de amortización del puesto de trabajo fuera una decisión singular dirigida, única y exclusivamente, a conseguir el cese del trabajador, como exige la doctrina constitucional anteriormente reseñada una vez que se había aportado por éste un indicio suficiente de discriminación.

10. Debemos concluir, por ello, que la Administración demandada no cumplió con su obligación probatoria, consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión, de forma que ésta se hubiera producido verosimilmente 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» (SSTC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 2; y 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 8, entre las últimas). El motivo fundamental sobre el que la Sentencia de suplicación basó su decisión no se acomoda a la doctrina constitucional ya expuesta, pues la legítima decisión administrativa de amortización del puesto de trabajo se encuentra también limitada por el respeto a los derechos fundamentales y no se ha aportado aquí una justificación apta «en su específica y singular proyección sobre el caso concreto» (entre otras, SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; y 38/2005, de 28 de febrero, FJ 5). A falta de otras razones que objetiven la medida de cese adoptada, que en su ausencia queda desprovista de otro fin conocido que el de sancionar el ejercicio por el actor de su derecho fundamental de libertad sindical, la conclusión resultante es que ha quedado comprometido este derecho cuya tutela debe prevalecer frente a los actos contrarios a su ejercicio. En tales circunstancias, la insuficiencia de la prueba aportada trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4; y 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 6, entre muchas otras), en este caso de su libertad sindical (art. 28.1 CE). Siendo ello así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnada en amparo no cumplió las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de un indicio de lesión del derecho fundamental del trabajador en la actuación empresarial y, por consiguiente, no reparó –y lesionó, por tanto– el derecho del recurrente a no sufrir discriminación por razón sindical (art. 28.1 CE).

Resulta, por ello, procedente estimar la demanda de amparo, reconociendo el derecho del demandante a su libertad sindical y anulando la Sentencia recurrida; asimismo, para restablecer al demandante en la integridad de su derecho, bastará declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid de 12 de noviembre de 2001, que declaró nulo el despido del actor con efectos de 31 de julio de 2001 y condenó al Departamento ministerial demandado a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.

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 Ricardo Tinoco Vilchez y, en su virtud:

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

2.º Anular la Sentencia de 27 de mayo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de suplicación núm. 1614-2002 presentado por el Ministerio de Defensa y revocó la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid el 12 de noviembre de 2001 en los autos núm. D 699-2001.

3.º Declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, de 12 de noviembre de 2001, dictada en los autos núm. 699-2001.

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

Dada en Madrid, a cinco de junio de dos mil seis.—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.

12213 *Sala Primera. Sentencia 169/2006, de 5 de junio. Recurso de amparo 3767-2003. Promovido por un Abogado en interés de don Ali Baker frente al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario (Fuerteventura) que inadmitió a trámite su solicitud de habeas corpus tras haber sido interceptado en una patera.*

Vulneración de los derechos a la libertad personal y al habeas corpus: inadmisión por razones de fondo de la petición presentada por un extranjero respecto a una privación de libertad gubernativa. Votos particulares.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Roberto García-Calvo y Montiel, 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. 3767-2003, promovido por el Letrado don Luis Miguel Pérez Espadas en interés de don Ali Baker, al que por turno de justicia gratuita se le designó la Procuradora de los Tribunales doña Almudena Gil Segura, contra el Auto de 23 de mayo de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la solicitud de habeas corpus presentada. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 9 de junio de 2003 el Letrado don Luis Miguel Pérez Espadas, manifestando defender de oficio a don Ali Baker, inter-

puso recurso de amparo contra la resolución del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario citada en el encabezamiento. En él solicitaba el Letrado que se oficiara al Colegio de Procuradores de Madrid a efectos de que se nombrase uno de sus colegiados para representar a su defendido.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Don Ali Baker fue detenido el 23 de mayo de 2003 por agentes de la policía nacional tras haber accedido al territorio nacional en una embarcación de las denominadas pateras.

b) El mismo día, por medio de escrito firmado por el interesado y el Letrado don Luis Miguel Pérez Espadas, se planteó ante el Juzgado de guardia de Puerto del Rosario (Fuerteventura) una solicitud de *habeas corpus*, en los siguientes términos: que su detención no estaba ajustada a Derecho, ya que no había cometido ningún delito, y que se debía exclusivamente a haber llegado a Fuerteventura como pasajero de una patera. Además, entendía que no se cumplieron «los preceptos del art. 61 de la Ley de extranjería», ya que para que procediera su detención cautelar era preciso que hubiera sido decretada por la autoridad gubernativa competente para la resolución del expediente administrativo de expulsión (art. 55.2 Ley de extranjería), competencia atribuida al Subdelegado del Gobierno en Las Palmas, sin que le constara que tal Subdelegado hubiera autorizado la detención. Por todo ello solicitaba que, tras examinar la concurrencia de los requisitos necesarios para su tramitación, se diera traslado al Ministerio Fiscal, acordando seguidamente la incoación del procedimiento, y se ordenara a los agentes que lo custodiaban que lo pusieran de manifiesto ante el Juez para ser oído, o que personándose el Juez en el lugar en que se encontraba, les oyerá a él y a su Abogado, admitiera las pruebas pertinentes y, finalmente, dictara resolución acordando su puesta en libertad.

c) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Puerto del Rosario resolvió sobre la petición mediante Auto de 23 de mayo de 2003, que inadmitía a trámite la solicitud de habeas corpus presentada. En el Auto se razonaba que, de las propias manifestaciones del recurrente, se desprendía que había sido detenido por la policía nacional al haber incurrido presuntamente en uno de los supuestos contemplados en la Ley de extranjería, con lo cual su detención se ajustaba a Derecho, ya que el art. 61 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, permite la detención del extranjero acordada por la autoridad gubernativa o sus agentes. Asimismo, continuaba razonando el Juez que, de conformidad con el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, y según lo explicado anteriormente, «es obligado denegar la solicitud presentada por improcedente». En definitiva, el Auto inadmite de plano el procedimiento de *habeas corpus*.

3. Se alega en la demanda de amparo que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) de don Ali Baker, al haberse inadmitido la petición de habeas corpus.

Además, añade que según señala la STC 66/1996, junto con la puesta de manifiesto ante el Juez de la persona privada de libertad integran también el contenido esencial del proceso de *habeas corpus* las alegaciones y pruebas que aquélla pueda formular; si se analiza el contenido de la solicitud de *habeas corpus* se aprecia que no hay ningún motivo para la detención, ya que no se había cometido ningún delito y para que proceda la detención cautelar es preciso que sea decretada por el Subdelegado del Gobierno en Las Palmas (arts. 55 y 61 de la Ley de extranjería) y no consta que tal Subdelegado lo hubiera hecho. Se pide en la demanda que se dicte Sentencia por