

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
DERECHOS FUNDAMENTALES
(PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA
PROTECCION DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONA)**

2009-2012

Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autora: D^a María Jesús Calvo Hernán. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

-INDICE-

I.- CUESTIONES GENERALES	5
II.- DERECHOS Y LIBERTADES INCLUIDOS EN SU ÁMBITO DE APLICACIÓN	7
II. 1.- DERECHO A LA IGUALDAD (art. 14 CE).....	8
II.2.- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (ART. 15 CE).....	11
II.3.-LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 16 CE).....	12
II.4.- LIBERTAD RELIGIOSA (ART. 16.1 CE)	14
II. 5.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 17 CE).....	15
II. 6.- DERECHO AL HONOR (ART. 18.1 CE).....	15
II. 7.- DERECHO A LA INTIMIDAD (ART. 18.1 CE).....	16
II.8.- DERECHO A LA PROPIA IMAGEN (ART. 18.1 CE).....	17
II.9.- DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ART. 18.2 CE).....	17
II.10.- SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (ART. 18.3 CE)	18
II. 12.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DIFUSIÓN DE PENSAMIENTOS, IDEAS, OPINIONES (ART. 20.1.a) CE)	21
II.15.- DERECHO A COMUNICAR O RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ POR CUALQUIER MEDIO DE DIFUSIÓN (ART. 20.1 d) CE).....	22
II.15.1.- Derecho a comunicar información	22
II.15.2.- Derecho a recibir información.....	22
II.15.3.- Acceso a los medios públicos de comunicación social de los grupos sociales y políticos significativos (art. 20.3 CE).....	23
II. 16.- DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN (ART. 21 CE).....	23
II. 17.- DERECHO DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE).....	23
II.18.- DERECHO A PARTICIPAR EN ASUNTOS PÚBLICOS (ART. 23.1 CE)	25
II.19.- DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS (ART. 23.2 CE)	26
II.19.-1.- Concepto	26
II.19.-2.- Contenido	30
II.19.-3.- Supuestos diversos:	31
II.19.-3.1.- Vulneración existente.....	31

II.19.-3.2.- Vulneración inexistente.....	32
II.20.- DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (art. 24.1 CE)	34
II.20.-1.- Ámbito de aplicación	34
II.20.-2.- General: En relación con las actuaciones judiciales.....	35
II.20.-2.1.- Vertiente de acceso a la jurisdicción	35
II.20.-2.2.- Vertiente de cumplimiento de sentencias.....	36
II.20.-2.3.- Vertiente de ejecución de sentencias.....	36
II.20.-3.- Excepcional: En relación con actos administrativos	37
II.20.-3.1- Procedimiento sancionador	37
II.20.-3.2- Ejecutividad de los actos administrativos	37
II.21.- DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY (art. 24.2 CE).....	38
II.22.- DERECHO A LA DEFENSA (ART. 24.2 CE)	39
II.23.- DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO (ART. 24.2 CE).....	39
II.24.- DERECHO A SER INFORMADO DE LAS ACUSACIONES FORMULADAS (ART 24.2 CE)	41
II.25.- DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS (ART 24.2 CE).....	41
II.26.- DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA (ART 24.2 CE)	42
II.26.-1.- En relación con las actuaciones judiciales	42
II.26.-2.- En relación con actos administrativos.....	43
II.28.- DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO DECLARARSE CULPABLE (ART. 24.2 CE).....	44
II.28.- DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 24.2 CE).....	44
II.29.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD DE INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ART. 25.1 CE).....	45
II.30.- REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL DE QUIENES SUFREN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ART. 25.2 CE)	49
II.31.- DERECHO A LA EDUCACIÓN (ART. 27 CE).....	49
II.32.- LIBERTAD SINDICAL (ART. 28.1 CE).....	50
II.32.-1.- Principio de igualdad de trato entre Sindicatos	50
II.32.-1.1.- Doctrina general	50
II.32.-1.2.- Sindicatos más representativos.....	51
II.32.-1.2.1.- Validez constitucional del trato desigual: función de representación o participación institucional	51
II.32.-1.2.2.- Infracción del derecho a la libertad sindical.....	53
II.32.-1.3.- Derecho a no ser discriminado por razón de la afiliación sindical, actividad u opinión sindical. Tutela antidiscriminatoria	54

II.32.1.3.1.- Inversión de la carga de la prueba	54
II.32.-2.- Negociación colectiva	55
II.32.-2.1.- Doctrina general	55
II.32.-2. 2.- Derecho a formar parte de los órganos de negociación	56
II.32.-2.3.- Derecho a la negociación	57
II.32.-3.- Representación o participación institucional.....	58
II.32.-3.1.- Función representativa	59
II.32.-3.2.- Cesión temporal del uso de inmuebles.....	59
II.32.-3.3.- Derecho a un crédito de horas retribuido	60
II.33.- DERECHO DE HUELGA (ART. 28.2 CE).....	62
II.33.-1.- Servicios esenciales.....	62
II.33.1.1.- Concepto.....	62
II.33.1.2.- Naturaleza.....	63
II.33.1.3.- Casuística.....	63
II.33.1.4.- Mantenimiento de los servicios esenciales: Establecimiento de servicios mínimos	64
II.33.1.4.1- Autoridad competente para fijar los servicios mínimos	64
II.33.1.4.1.1- Doctrina general	64
II.33.1.4.1.2- Casuística.....	66
II.33.1.4.2- Criterios que han de presidir su adopción	66
II.33.1.4.2.1- Ponderación	66
II.33.1.4.2.2- Proporcionalidad.....	67
II.33.1.4.2.3- Límites	67
II.33.1.4.3- Motivación.....	67
II.33.1.4.3.1- Necesidad.....	68
II.33.1.4.3.2- Contenido	68
II.33.1.4.3.3- Casuística.....	69
II.33.2.- Pretensión indemnizatoria por infracción del derecho a la huelga.....	72
II.34.- DERECHO DE PETICIÓN (ART. 29.1 CE).....	73
II.35.- OBJECIÓN DE CONCIENCIA (ART. 30 CE)	73

I.- CUESTIONES GENERALES

La interposición del recurso especial de protección de los derechos fundamentales no exige el agotamiento de la vía administrativa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 19 de diciembre de 2011 (RC 6780/2009); 13 de octubre de 2009 (RC 5774/2006) –FD 2º-]:

« (...) el artículo 115.1 de la Ley reguladora no exige el agotamiento de la vía administrativa para interponer el recurso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La expresión "sin más trámites" que en él se incluye ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido que hemos indicado, dándole el mismo significado que a la salvedad expresa recogida en el artículo 7.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona [sentencia de 24 de octubre de 2011 (casación 6830/2009), las dos sentencias de 25 de noviembre (casación 6648 y 6650/2005, respectivamente) y las de 19 de noviembre (casación 2984/2006), 6 de octubre (casación 6174/2006), 21 de julio (casación 669/2006), 2 de julio (casación 2846/2006), 25 de junio (casación 9816/2004), 23 de mayo (casación 3016/2006) y 23 de enero (casación 6009/2004), todas de 2008, así como la de 20 de enero de 2004 (casación 5621/2001)].» (FD 5º)

Admisibilidad del procedimiento especial frente cualquier tipo de acto (definitivo, de trámite e incluso simple vía de hecho) siempre que de él pudiera derivar una real infracción de los derechos fundamentales y se trate de un acto recurrible ante la Jurisdicción Contencioso- administrativa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de diciembre de 2011 (RC 88/2011) –FD 2º-; 5 de diciembre de 2011 (RC-A 294/2011) –FD 8º-]

Plazo de interposición del recurso en el caso de presentación de recurso administrativo: interpretación del artículo 115.1 de la LRJCA [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 29 de marzo de 2010 (RC 5612/2008); 17 de febrero de 2010 (RC 1212/2008) –FD 2º-]:

« (...) Ciertamente el precepto es confuso, pero lo decisivo es preguntarse si es posible o no impugnar por la vía de protección de los derechos fundamentales los actos dictados al resolver un recurso. Y efectivamente es así, pues claramente se dispone que cabe recurso contra los actos administrativos que resuelven recursos. Es verdad que la Ley, al decir que el plazo de interposición es de diez días que se contarán desde el transcurso de veinte desde la presentación del recurso administrativo, genera dudas y pudiera llevarnos a la interpretación de la Administración recurrente consistente en que el recurso se debiera interponer antes de que existiera acto resolutorio, o desestimación presunta, pues la Administración tiene un mes para resolverlo. Sin embargo, la interpretación lógica del precepto hace que debamos entender que, si cabe reaccionar por este procedimiento contra la resolución de recursos, solo transcurrido el plazo para resolverlo se puede entender desestimado. Y a esa solución se puede llegar interpretando en otro sentido, mas acorde con los principios de tutela judicial efectiva y "pro actione" la frase "cuando se haya interpuesto potestativamente un

recurso administrativo”, que la recurrente entiende se refiere a cualquier recurso administrativo, puesto que el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales no exige el agotamiento de la vía administrativa. En efecto, el recurso de alzada no es potestativo, sino obligatorio para poder acudir después a la vía contencioso-administrativa, por lo que el particular tendrá que interponerlo si no quiere que el acto administrativo sea considerado como firme. En consecuencia con esta interpretación habrá de entender que el plazo previsto de 20 días no juega en el caso de recurso de alzada, dado que no tiene naturaleza potestativa.

Por otra parte sería absurdo interpretar que no se pudiera impugnar por esta vía de protección de los derechos fundamentales una presunta desestimación de un recurso, antes de haberse producido la desestimación, expresa o por silencio, entre los días 20 y la culminación del mes, y sin embargo se admitiera que, si se resolvía expresamente después en cualquier momento, entonces, al tratarse de un acto administrativo que podría vulnerar los derechos fundamentales, renacería de nuevo la acción, que en el plazo antes referido no podía ejercitarse». (FD 1º)

Cómputo del plazo para recurrir cuando el recurrente se halla interno en un centro penitenciario: ha de estarse al momento de entrega del recurso a la Administración Penitenciaria [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 24 de junio de 2009 (RC 5781/2006)]:

« (...) debe considerarse correcta la tesis defendida por el recurrente que descansa en una aplicación analógica al caso de las reglas sobre computo de plazos para recurrir ante el Juez Penitenciario, de los citados arts. 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y art. 54.3 y 249 de su Reglamento, que es la enunciada en el fundamento anterior de esta sentencia, ya que a ello conduce la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional aducida por el recurrente, en la que se cita como criterio interpretativo consolidado de ese Alto Tribunal que <<cuando la recurrente se halla internada en un Centro Penitenciario debe entenderse que el escrito solicitando el amparo se ha presentado a los efectos legales, en el momento de su entrega a la Administración Penitenciaria>>, dado que no cabe olvidar que en el caso que se resuelve se está ante una solicitud de amparo judicial, por el cauce privilegiado de los arts. 114 sgs. LJCA». (FD 4º)

Ineptitud del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona para reabrir los plazos, establecidos legalmente, de los recursos posibles frente a los actos recurridos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 26 de septiembre de 2011 (RC 4168/2010) –FD 7º-].

Requisitos formales para franquear el acceso al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 20 de diciembre de 2011 (RC 4911/2010); 25 de noviembre de 2011 (RC 4913/2010); 19 de septiembre de 2011 (RC 4917; 4918 y 4919, de 2010); 18 de mayo de 2011 (RC 2102/2010) –FD 3º-; 15 de octubre de 2010 (RC 1071/2008) –FD 3º-; 7 de junio de 2010 (RC 974/2009) –FD 5º-; 15 de febrero de 2010 (RC 1608/2007) –FD 5º-; 10 de diciembre de 2009 (RC 1175/2008) –FD 2º-; 16 de diciembre de 2009 (RC 14/2008) –FD 3º-; 9 de diciembre de 2009 (RC 4472/2007) –FD 4º-; 30 de junio de 2009 (RC 5522/2007) –FD 3º-; 18 de mayo de 2009 (RC 6951/2005) –FD 6º-; 25 de mayo de 2009 (RC 92/2007) –FD 5º-];

« (...) Esta Sala en relación a los requisitos formales que han de ser cumplidos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona y a los poderes de que dispone el correspondiente órgano jurisdiccional para decidir si la elección de tal procedimiento especial se ha realizado o no de manera correcta, en aras de evitar “ab initio” una indebida o fraudulenta utilización de dicho instrumento procesal [por todas, sentencias de 15 de febrero (F.D. 5º) y 15 de octubre de 2010 (F.D. 3º) –R.C. 1608/2007 y 1071/2008 respectivamente-] sostiene una doctrina que puede sintetizarse, según lo expuesto en la última de las sentencias citadas expresamente invocada por el Ministerio Fiscal, del siguiente modo:

« (...) El núcleo de esa doctrina se puede sintetizar en la necesidad de que, ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, y a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se han de definir los elementos que permitan comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que se considera infringen el derecho fundamental cuya tutela se postula a través del proceso.

Y esa exigencia formal habrá de considerarse cumplida cuando la fundamentación de la pretensión incluya estos elementos: la indicación del derecho fundamental (de uno o varios) cuya tutela se reclama; la identificación del acto que se considere causante de la infracción de aquel derecho; y, aunque sea mínimamente, una exposición de las razones y circunstancias por las que se entiende que el concreto acto que se impugna tiene virtualidad para lesionar de manera directa uno o varios derechos fundamentales.

Por lo que hace a este último elemento, debe añadirse que habrá de considerarse que concurre debidamente cuando el escrito de interposición incluya lo siguiente:

(a) una interpretación sobre el alcance de los concretos derechos fundamentales invocados que, en principio, no resulte claramente desacertada o abiertamente contraria a la doctrina jurisprudencial existente sobre ellos; y

(b) una descripción fáctica sobre las concretas circunstancias y datos de hecho que la parte recurrente haya tomado en consideración para considerar que se ha producido individualmente para ella la violación de esos singulares derechos fundamentales cuya protección reclama.

Y debe señalarse, por último, que el examen que a estos efectos ha de realizar el tribunal habrá de limitarse a constatar si la fundamentación de la pretensión incluye esos elementos que antes han sido apuntados, pero no deberá prejuzgar su corrección jurídica ni su certeza, salvo cuando la interpretación jurídica avanzada en el escrito de interposición sea abiertamente contraria a lo que sea ya una línea jurisprudencial consolidada o, también, cuando los hechos aducidos sean absurdos o claramente inverosímiles>>» (FD 6º)

Imposibilidad de plantear en él cuestiones de legalidad ordinaria [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 14 de diciembre de 2011 (RC 6086/2010) –FD 1º-; 5 de diciembre de 2011 (RC-A 294/2011) –FD 6º-; 19 de julio de 2010 (RC 2672/2009) –FD 8º-]

II.- DERECHOS Y LIBERTADES INCLUIDOS EN SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

II. 1.- DERECHO A LA IGUALDAD (art. 14 CE)

No cabe en la ilegalidad [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 26 de noviembre de 2012 (RC 6933/2010); 23 de diciembre de 2011 (RC 900/2010) –FD 7º-; 22 de noviembre de 2011 (RC 2552/2010) –FD 8º-; 2 de marzo de 2009 (RC-A 564/2007) –FD 7º-]

El principio de igualdad en la Ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de febrero de 2012 (RC 5556/2010) –FD 6º-; 3 de noviembre de 2010 (RC 3535/2009) –FD 5º-; 5 de mayo de 2009 (RC 621/2007) –FD 3º y 4º-].

Revisión de oficio de los actos administrativos: obligado respeto al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de febrero de 2011 (RC 5539/2009)]:

« (...) *Las potestades administrativas tienen unos claros límites que deben ser observados en su ejercicio, constituidos, entre otros, por el obligado respeto a los derechos fundamentales (como es el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido en el artículo 14 CE) y por la necesidad también de cumplir debidamente el mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 CE.*

Esos límites aquí no han sido observados porque, frente a preceptos estatutarios de igual contenido pertenecientes a distintos Colegios profesionales, la Administración de la Generalitat Valenciana ha adoptado de manera injustificada soluciones diferentes en cuanto al inicio del procedimiento de revisión de los mismos para depurar la posible nulidad que pudiera afectarles.» (FD 3º)

Tratamiento fiscal de las prestaciones por jubilación anticipada (prejubilación). Inadecuación del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución para fundamentar pretensiones de restablecimiento de una supuesta igualdad material en materia tributaria según criterios de capacidad económica [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de febrero de 2010 (RC 6103/2007); 30 de junio de 2009 (RC 6100/2007) –FD 4º-; 2 de marzo de 2009 (RC 6366/2006) –FD 4º-]:

« (...) *Tal como decimos en la sentencia de 30 de junio de 2009 (casación 6100/2007), el primer motivo no puede prosperar porque, según bien dijo el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, la razón fundamental del rechazo de la inicial solicitud de un tratamiento fiscal igual que el de los trabajadores objeto de los Expedientes de Regulación de Empleo que citan los recurrentes, estriba en que las prejubilaciones no se hallan incluidas en ninguno de los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores considera como constitutivos de despido o situación asimilada al mismo, por lo que no les era aplicable la exención del artículo 7 e) de la Ley 40/1998 y sí su artículo 16.2 a) que considera rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones por jubilación percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo que instrumentalicen los compromisos por pensión asumidos por la empresa, y dado que, por otro lado, el artículo 17.2 del mismo texto legal excluye expresamente de las*

reducciones aplicadas a los ingresos irregulares las prestaciones del artículo 16.2 a) pues las considera percepciones en forma de renta y no de capital.

Y, al igual que la Sala de Madrid, tampoco encontramos razones para plantear la cuestión de inconstitucionalidad pretendida visto que, (...), el derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución no puede fundamentar pretensiones de restablecimiento de una supuesta igualdad material en materia tributaria según criterios de capacidad económica, ya que este tipo de pretensiones ha de basarse en el artículo 31 de la Constitución y no en el 14. Y ese artículo 31 no contempla derechos fundamentales susceptibles de amparo judicial por el cauce de los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. Es decir, en ningún caso la declaración que se obtuviera sobre dicho artículo 31 podría servir de fundamento a la sentencia y justificar, por tanto, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Ha de añadirse a lo anterior que la discriminación aducida no se fundaba en el artículo 14 de la Constitución sino en razones objetivas relacionadas con el principio de capacidad económica.

Tampoco consideramos vulnerado este último precepto por el hecho de que determinadas normas forales vascas hayan extendido el ámbito de exención de la indemnización por despido a situaciones como la de los recurrentes, pues la residencia en la Comunidad Autónoma Vasca puede ser una circunstancia que justifique un tratamiento fiscal diferente. Y en las sentencias mencionadas esta Sala ha señalado -- así en la de 2 de marzo de 2009 (casación 6366/2006)-- que las diferencias fiscales que implica la normativa foral no suponen una diferencia incompatible con el principio de igualdad por la distinta situación que introduce el Concierto Económico aprobado por la Ley 12/1981, de 13 de mayo, pues permite que en esa Comunidad Autónoma los tributos cedidos cuenten con una regulación específica con tal de que se mantenga una presión fiscal global equivalente a la del territorio común. Esa circunstancia hace que no se dé la identidad de situaciones exigible para la aplicación del artículo 14 de la Constitución.

En cuanto al segundo motivo su desestimación se impone desde el momento en que la diferencia existente entre el trato fiscal que reclaman los recurrentes y el que se les dió no obedece a la arbitrariedad de la Administración, sino que tiene su razón de ser en las normas legales aplicables que -- como se ha dicho-- no son injustificadamente discriminatorias porque descansan en una razón objetiva constitucionalmente admisible desde el momento en que los actores se acogieron a un sistema de prejubilación voluntaria mientras que esa voluntariedad falta en el caso de los despedidos unilateralmente por la empresa o de quienes vieron extinguida su relación laboral a consecuencia de los expedientes de regulación de empleo a los que aluden los actores. No hay, pues, términos válidos de comparación, lo que es exigencia ineludible para la aplicación del artículo 14 de la Constitución y las argumentaciones que los actores suscitan con amparo directo de diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de Seguridad Social constituyen motivos de legalidad ordinaria que desbordan los límites del proceso especial que ellos mismos eligieron» (FD 6º)

Conformidad al principio de igualdad del régimen fiscal establecido para la tasa por emisión de informes de auditoría que se contenía en el artículo 23 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (introducido por la Ley 44/2002,

de 22 de noviembre) [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 13 de octubre de 2009 (RC 5774/2006); 23 de enero de 2009 (RC 3259/2006 y 219/2007)]:

« (...) La sentencia de 25 de enero de 2006 de la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha abordado el problema de si la regulación que contiene el artículo 23 de la Ley 19/1988 para la tasa aquí litigiosa, tanto en cuanto al hecho imponible como en cuanto a la cuantía, vulnera los artículos 9.3 y 31.1 de la Constitución.

Ha recordado que en su auto de 13 de diciembre de 2005 ya acordó no haber lugar a plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre ese artículo 23 de la Ley 19/1988, por existir dos autos de 25 de octubre de 2005 del Tribunal Constitucional que inadmitieron las que fueron planteadas por la Audiencia Nacional sobre ese mismo precepto legal y sobre la base de su presunta vulneración del artículo 14, en relación con los artículos 9.3 y 31.1, todos ellos de la Constitución.

Ha declarado así mismo que tampoco puede apreciarse la vulneración del principio de igualdad tributaria recogido en el artículo 31.1 de la Constitución, que resulta indisociable del principio de capacidad económica.

(...)

De manera que lo que, desde una perspectiva constitucional, resulta relevante determinar en el presente proceso es si el criterio para cuantificar la denominada "tasa" que establece el cuestionado art. 23.4 de la Ley 19/1988 vulnera el principio de capacidad económica, en los términos en que éste ha sido definido por este Tribunal en reiterada doctrina. Y no cabe la menor duda de que el tributo -impuesto- regulado en el art. 23 de la Ley 19/1988, introducido por la Ley 44/2002, respeta dicho principio.

(...).

En primer lugar, no es posible afirmar, como se hace en el Auto de planteamiento, que la norma cuestionada permite exigir el tributo en casos en los que no se ha llegado a realizar el hecho imponible, supuesto en el que, claramente, se estaría vulnerando el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE. Como hemos señalado, pese a que el órgano proponente de la cuestión considera que del apartado 2 del art. 23 de la Ley 19/1988 se deduce que el hecho imponible del tributo en cuestión es el control o verificación por el ICAC de los informes emitidos por los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría, un análisis conjunto de todos los elementos configuradores del tributo definidos en el citado art. 23 (no sólo el hecho imponible, sino también el devengo, el objeto, los sujetos pasivos y la cuantía) pone de manifiesto que lo que en realidad grava la llamada " tasa por emisión de informes de auditoría de cuentas" es, como su propio nombre indica, la mera emisión de informes por los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría, con independencia de que dichos informes sean o no objeto de verificación posterior por el ICAC. Siendo esto así, hay que concluir que el apartado 4 del art. 23 no hace otra cosa que exigir el importe del tributo cuestionado en todos aquellos supuestos en los que se ha realizado el presupuesto de hecho al que la ley vincula el nacimiento de la obligación tributaria: la emisión de informes de auditoría, con independencia de que haya sido o no objeto de control por el ICAC.

Y no parece dudoso -el órgano judicial, desde luego, no lo discute- que la emisión de informes de auditoría, en la medida en que llevan aparejada una contraprestación pecuniaria (honorarios facturados), constituye un índice revelador de riqueza -ni siquiera potencial, sino real- susceptible como tal de ser gravado por un tributo, razón por la cual hay que concluir necesariamente que se respeta el principio de capacidad económica, principio que, como venimos señalando, "impide que el legislador establezca tributos -sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (por todas, STS 37/1987, de 26 de marzo), FJ 13, y 194/2004, de 19 de julio, FJ 8)- cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica" (STC 193/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 4 y 5).

En segundo lugar, precisamente porque la riqueza que pretende gravar el tributo no es otra que la que se manifiesta en los honorarios percibidos por la emisión de los informes de auditoría, frente a lo que se deduce del Auto de planteamiento, tampoco puede considerarse contrario al principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE la circunstancia de que el apartado 4 del art. 23 de la Ley 19/1988 establezca dos cuotas tributarias diferentes -de 80 o 160 euros- en función de cuál sea el importe de los honorarios que por el informe emitido han facturado los auditores o sociedades de auditoría -menor o mayor de 30.000 euros, respectivamente-, dado que con esta previsión no se hace otra cosa que, tal y como viene reclamando asimismo este Tribunal, exigir el gravamen, no sólo en un supuesto en que indudablemente existe capacidad económica, sino también "en la medida -en función- de la capacidad económica" (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 8; y 46/200°, de 14 de febrero, (sic) FJ 8)".» (FD 2°)

II.2.- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (ART. 15 CE)

El Acuerdo del Consejo de Ministros sobre concesión de extradición no puede vulnerarlo al estar reservado el juicio de legalidad sobre la procedencia de la extradición en exclusiva al orden jurisdiccional penal (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). Imposibilidad de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 4 de marzo de 2009 (RC-A 480/2007)]:

« (...) En consideración a lo expuesto la cuestión a dilucidar en este proceso es si se puede reprochar al acuerdo del Consejo de Ministros que decreta la entrega del actor a la Federación Rusa por los hechos determinantes de la solicitud de extradición, que sea contrario al art. 15 de la Constitución, en función de las motivaciones que se exponen en la demanda.

Para dilucidar el problema, hay que partir, siguiendo lo que dice el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que el procedimiento de extradición, como reiteradamente ha sido admitido por la Jurisprudencia de esta Sala, así sentencia de 22 de Noviembre de 2002, 20 de Enero de 2003 y 7 de Noviembre de 2006, es un procedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos

gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están perfectamente delimitadas por la Ley, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras.

La primera de las mentadas fases, regulada en los arts. 7 a 11 de la Ley 4/85, de 21 de Marzo, de Extradición Pasiva, tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, ante las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial sobre la base de los arts. 2 a 5 de igual texto legal.

La segunda, es la fase judicial, prevista en los arts. 12 a 18 de la Ley 4/85, en esta fase, como recuerda también esta Sala en las sentencias arriba reseñadas, "no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado".

La tercera fase, en la que nos encontramos, está contemplada en el art. 18 en relación al art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva, se concreta a la actuación del Gobierno decidiendo la entrega física de la persona reclamada o a la denegación de la extradición, una vez que se le ha comunicado el auto del Tribunal declarando procedente la extradición. Esta denegación, sin embargo, se limita a los supuestos específicamente previstos en el párrafo segundo del citado art. 6 de la Ley 4/85, esto es: -"Atendiendo al principio de reciprocidad".

- o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España"-

El significado de estos criterios, en los que exclusivamente se puede apoyar el Gobierno para denegar la extradición, es explicado con toda claridad en el Preámbulo de la Ley, en el sentido de que ello "en ningún caso implicará incumplimiento de las resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno, técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos, esencialmente, el segundo".

Lo anteriormente expuesto demuestra que la decisión sobre si resulta procedente la extradición, desde una perspectiva de legalidad corresponde al Poder Judicial, y dentro de éste a la específica competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La actuación posterior y última del Gobierno, es un típico acto de soberanía propio del Poder Ejecutivo, para cuya efectividad ha fijado el art. 6º de la Ley 4/1985, unos criterios que, desde luego no se refiere al control de la legalidad de la extradición, sobre la que anteriormente ha decidido la Sala Penal de la Audiencia Nacional.

Ese juicio de legalidad abarca también el examen de la conformidad de la extradición con los derechos fundamentales. Lo que en definitiva conduce a que, si acaso la posible vulneración que hubiera podido ser imputada a la Audiencia Nacional, por haber rechazado la alegación que al respecto hubiera hecho el interesado, pueda ser controlada, primero por los mecanismos procesales ordinarios y extraordinarios previstos para ello, y, en su caso por vía del amparo constitucional» (FD 3º)

II.3.-LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 16 CE)

Los contenidos de la asignatura Educación para la ciudadanía no entrañan una infracción de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución [STS, Sala 3ª, Pleno, 11 de febrero de 2009 (RC 948; 949 y 1013 de

2008); STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de septiembre de 2011 (RC 3783/2010) –FD 3º y 4º-; 24 de junio de 2011 (RC 3632/2010) –FD 3º y 4º-; 9 de junio de 2011 (RC 3803/2010); 2 de junio de 2011 (RC 457/2010); 26 de mayo de 2011 (RC 3473/2010); 19 de mayo de 2011 (RC 3905/2010); 12 de mayo de 2011 (RC 3614/2010); 5 de mayo de 2011 (RC 3602/2010); 28 de abril de 2011 (RC 3627/2010); 14 de abril de 2011 (RC 3716/2010); 7 de abril de 2011 (RC 3820/2010); 31 de marzo de 2011 (RC 3808/2010); 24 de marzo de 2011 (RC 3812/2010) y 3 de marzo de 2011 (RC 881/2010); 6 de mayo de 2010 (RC 6202/2009); 14 de enero de 2010 (RC 6155/2008) –FD 3º-];

« (...) *Lo hasta aquí expuesto nos lleva directamente al examen de los tres problemas (...) referentes al alcance y límites del derecho a la libertad ideológica y religiosa proclamado en la Constitución (artículo 16.1). Respecto de este derecho debemos decir que está constituido básicamente por la posibilidad reconocida a toda persona de elegir libremente sus concepciones morales o ideológicas y de exteriorizarlas, con la garantía de no poder ser perseguido o sancionado por ellas. Este derecho no es necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes.*

La compatibilidad será de apreciar siempre que la exposición de esa diversidad se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones.

Vinculado a lo anterior, aparece en el artículo 27.3 de la Constitución el derecho de los padres a elegir la orientación moral y religiosa que debe estar presente en la formación de sus hijos. Está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos.

Tampoco es incompatible con la enseñanza del pluralismo que deriva del artículo 27.2 CE. Tienen contenidos o facetas diferentes, como ha quedado expuesto.

Estos derechos mencionados en los artículos 16.1 y 27.3 significan, por eso, un límite a la actividad educativa del Estado. En efecto, el Estado, en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos, y lo puede hacer, como ya se ha dicho, incluso, en términos de su promoción. Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional». (FD 6º)

El artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general [STS, Sala 3ª, Pleno, 11 de febrero de 2009 (RC 948; 949 y 1013 de 2008) -FD 7º-]. [Cfr. Objeción de conciencia](#)

Asignatura Educación para la ciudadanía: carácter adoctrinador del libro de texto empleado para su enseñanza [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 12 de noviembre de 2012 (RC 6856/2010)]:

«Por otro lado, declarar el carácter adoctrinador de un libro de texto pensado para y dedicado a la educación de menores es una imputación gravísima pues implica, ni más ni menos, que manipula sus conciencias. De ahí que a tal pronunciamiento solamente se pueda llegar cuando sea evidente tal naturaleza. (...) Es imprescindible, pues, que el propósito adoctrinador se plasme en el libro, que tenga una presencia, diríamos, objetiva, perceptible sin duda alguna en él» (F.D. 14º).

II.4.- LIBERTAD RELIGIOSA (ART. 16.1 CE)

La denegación por resolución expresa de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, a la que ya se había adquirido derecho por silencio positivo, lesiona el derecho fundamental a la libertad religiosa ya que esa inscripción, en cuanto implica el reconocimiento de la personalidad jurídica, además de proyectarse en el ámbito interno de la entidad afectada, se extiende al externo al facilitar las concretas manifestaciones que en el ejercicio de su libertad religiosa realicen sus miembros. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de febrero de 2011 (RC 6446/2009)]:

« (...) Pues bien, volviendo a la sentencia, nos encontramos con que, antes de resolver sobre las pretensiones del Sr. Berrocal Sarnelli, dice lo siguiente:

"En el caso de autos, como ya hemos visto, la inscripción de la entidad religiosa guarda relación directa con el ejercicio del derecho fundamental acogido en el artículo 16.1 de la CE y por tanto las cuestiones de legalidad ordinaria que incidan en mantener la procedencia de la inscripción denegada no son ajenas a su ámbito e independientes del derecho fundamental cuya concreta vulneración se defiende".

El paso siguiente que da es el de comprobar que en el procedimiento seguido no está excluida la aplicación del silencio positivo --extremo que la Abogada del Estado no cuestiona-- y que transcurrió el plazo de seis meses fijado en el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, sin que se hubiera notificado resolución expresa, extremo tampoco cuestionado por la Abogada del Estado. Y concluye diciendo:

"Conviene señalar que el contenido de la petición de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas formulada en su día, era acorde con la finalidad y con el procedimiento que el ordenamiento tiene establecido al efecto y que si la Administración entendió, como entiende, que la recurrente no reunía los requisitos que como entidad religiosa "menor" le impone el art. 2 del RD 142/1981, así lo debía haber resuelto expresamente y notificado en el plazo legal, en este caso, seis meses. Es evidente que no concurre en este caso ninguna de las excepciones al silencio positivo que al efecto marca el artículo 43.2 de la LRJ-PAC 30/1992. Por tanto, una vez producido los efectos positivos del silencio administrativo la resolución expresa posterior sólo podía dictarse en sentido confirmatorio del mismo, lo que no respeta la resolución aquí recurrida".

La conclusión que cabe extraer de lo expuesto es que la sentencia atribuye a la ilegalidad consistente en denegar por resolución expresa la inscripción a la que ya se había adquirido derecho por silencio positivo el efecto de lesionar el derecho fundamental a la libertad religiosa ya que esa inscripción, en cuanto implica el reconocimiento de la personalidad jurídica, además de proyectarse en el ámbito interno de la entidad afectada, se extiende al externo al facilitar las concretas manifestaciones que en el ejercicio de su libertad religiosa realicen sus miembros. Como bien dice el escrito de interposición al desarrollar el segundo motivo de casación, el acceso al Registro de Entidades Religiosas comporta la atribución de los derechos que el Estado les reconoce, lo que supone admitir lo que antes se ha rechazado, pues la denegación de la inscripción impide que la Orden mencionada

disfrute de ellos. Por lo demás, no debe pasarse por alto que, entre los contenidos del derecho a la libertad religiosa que explicita el artículo 2.1 d) de la Ley Orgánica 7/1980 se encuentra el de asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas. En realidad, sólo desde un planteamiento formal en extremo y poco acorde con el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales se puede sostener que la actuación administrativa impugnada se circunscribe exclusivamente al ámbito de la legalidad ordinaria sin incidir en el derecho fundamental invocado» (FD 3º)

II. 5.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 17 CE)

Impugnabilidad del acuerdo que inicia el procedimiento de expulsión de un extranjero cuando a él se vincula privación de libertad [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de abril de 2009 (RC 5752/2003); 6 de febrero de 2009 (RC 5519/2003) –FD 3º-]:

« (...) en este caso el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento de expulsión y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite, pero pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y decide en el acto recurrido "proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento en tanto se sustancia el expediente en aplicación de lo dispuesto en el art. 62 de la L.O 4/2000, reformada por la L.O 8/2000".

Esta determinación afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una resolución cualificada que incide en el contenido constitucional del artículo 17 de la CE, precepto que fue invocado por la parte actora desde el momento inicial de interposición del recurso». (FD 4º)

II. 6.- DERECHO AL HONOR (ART. 18.1 CE)

No se vulnera por la adopción de una medida cautelar legalmente prevista, acordada dentro de los supuestos legalmente previstos y de forma expresamente razonada [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de mayo de 2012 (RC-A 251/2011) –FD 8º-]

No se vulnera por el inicio de actuaciones de investigación en virtud de denuncia por la comisión de presuntas irregularidades [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de octubre de 2009 (RC 5877/2007)]:

« (...) si bien es cierto que la preservación del prestigio profesional forma parte de lo que puede ser objeto de protección del derecho al honor, sin embargo ha de tenerse en cuenta que dicha protección no es absoluta, pues no puede negarse que (...) los órganos competentes de la Administración Pública tienen no solo el derecho sino también, de modo primordial, el deber de iniciar actuaciones de investigación cuando, como ocurre en el supuesto de autos, se haya formulado una denuncia por presuntas irregularidades cometidas en la Real Federación Española de Fútbol e imputadas a los

actores, (...) en sus calidades respectivas de Presidente de aquella y Presidente del Comité Técnico Nacional de Arbitros.

De la simple apertura del procedimiento disciplinario, no puede deducirse la intromisión ilegítima en el derecho al honor de los recurrentes, puesto que el mero hecho del inicio de dicho expediente no implica la exteriorización de un propósito de menospreciar el prestigio profesional de los actores, si al mismo no se ha unido una descalificación personal, innecesaria a la crítica y evaluación de esa actividad profesional. Hay que tener en cuenta, además, que la apertura de un procedimiento de investigación de una denuncia en la que se formulan supuestas irregularidades en la gestión del trabajo profesional de ambos recurrentes, no constituye una intromisión ilegítima en la definición legal del artículo 7 de la L.O. de protección del derecho al honor. » (FD 3º)

Colisión con otros derechos fundamentales: primacía del derecho a la libertad de información [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de octubre de 2009 (RC 5877/2007)]:

« (...) Por otro lado, si a lo que se refieren los actores con la alegada afectación de su derecho al honor es a que haya sido objeto de difusión pública la noticia de la apertura del expediente disciplinario, hay que tener en cuenta que, en este caso, la protección del derecho fundamental invocado tiene como límite el ejercicio de otro derecho fundamental de alcance colectivo como es el del derecho a la libertad de información y, lógicamente, si el hecho es noticiable por su trascendencia pública como es el del caso de autos, en que el Presidente de un Comité Regional de Arbitros formula una denuncia contra el Presidente de la RFEF y contra el Presidente del Comité Nacional de Arbitros por supuestas irregularidades cometidas en la gestión de sus respectivas responsabilidades y que aquella haya motivado la apertura de un expediente disciplinario, el derecho a la libertad de información prima sobre el anterior, teniendo en cuenta que la información difundida se ajusta al requisito de la veracidad de la noticia, esto es a la propia apertura del expediente disciplinario».(FD 3º)

II. 7.- DERECHO A LA INTIMIDAD (ART. 18.1 CE)

Es un derecho que, en cuanto tal, no puede ser disfrutado por una persona jurídica [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2010 (RC 1783/2009); 9 de julio de 2012 (RC 2829/2011) –FD 11-]:

«La sentencia, en efecto, no ha desconocido el derecho a la intimidad de TELEFÓNICA porque, sencillamente, no es un derecho que, en cuanto tal, pueda ser disfrutado por una persona jurídica.

Sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de los derechos fundamentales se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional en las que ha establecido que, efectivamente, también gozan de todos aquellos cuyo carácter así lo permita. Son numerosas las sentencias que desde la 19/1983 se manifiestan en este sentido, por lo que no es necesaria su cita. También lo ha hecho sobre la titularidad por las personas jurídicas de concretos derechos fundamentales,

distinguiendo según sean públicas o privadas. En algunos casos, ha excluido que entre los que pueden disfrutar se halle el derecho a la intimidad familiar (así, la STC 19/1983) y, en otros, ha rechazado, a propósito de una persona jurídica, que sea susceptible de vulnerar el derecho a la intimidad la obligación impuesta por la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, a las entidades que la realizan de permitir el acceso a la documentación relativa a cada auditoría a los sujetos mencionados en su artículo 14 a efectos del control técnico de su labor (STC 386/1993) o, simplemente, que les asista el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución (SSTC 137/1985 y 69/1999).

(...)

No son incoherentes esas posiciones con las adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la extensión a las personas jurídicas del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y es que ese precepto reconoce el derecho a la vida privada, figura de contornos mucho más amplios que el que nuestra Constitución dedica al derecho a la intimidad en su artículo 18.1 (así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, las SSTC 56/2003, 10/2002 y 119/2001). La superior especificación de derechos fundamentales que lleva a cabo nuestro texto constitucional frente a la expresada en el Convenio de Roma lleva a interpretar cada uno en su ámbito propio, lo que significa, a propósito de la intimidad, tener presente que la Constitución la concibe como personal y familiar y que contenidos que el Tribunal de Estrasburgo ha ido incluyendo en aquél derecho a la vida privada, tienen en nuestro ordenamiento su propia sede positiva. Y lo mismo sucede si se argumenta desde la noción de origen anglosajón de la privacy, de la que se hizo eco, como privacidad la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y ha recogido en diversas ocasiones, con distinto alcance, el Tribunal Constitucional (SSTC 22/1984, 137/1985, 89/1987, 136/1989, 171 y 172/1990, 190 y 197/1991, 126/1995, 173/1995, 28/1996, 106/1996, 207/1996, 228/1997, 11/1998, 96/1998, 94/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998, 126/1998, 44/1999, 171/1999, 21/2000, 136/2000, 290/2000, 81/2001, 119/2001, 204/2001, 10/2002, 22/2003, 56 y 57/2004, 85/2004, 189/2004, 196/2004, 71/2005, 233/2005, 89/2006, 323/2006, 209/2007, 34/2009, 159/2009): en unos equivalente al de la noción de intimidad y en otros de manera más amplia, inclusiva del derecho a la protección de datos de carácter personal.

En fin, si tenemos presentes los términos en que las SSTC 70/2009, 233/2005 y 196/2004 caracterizan la intimidad personal, no cuesta trabajo concluir que en la relación establecida entre TELEFÓNICA y YACOM, en el curso de la cual se produjo la discutida monitorización de llamadas, no ha entrado en juego ese derecho fundamental». (F.D. 8º)

II.8.- DERECHO A LA PROPIA IMAGEN (ART. 18.1 CE)

II.9.- DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ART. 18.2 CE)

Domicilio de personas jurídicas: concepto [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 24 de enero de 2012 (RC 2269/2010); 25 de enero de 2012 (RC 2236/2010)]:

« (...) en el caso de las personas jurídicas tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 de la Constitución, los espacios que requieren reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se lleva a cabo; esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado. (...)» (FD 5º).

La entrada o registro en el domicilio social de una persona jurídica requiere consentimiento de su titular (esto es, prestado por parte de quien ostenta la representación legal de la mercantil, o ejerce labores de dirección o administración de la misma, con efectiva intervención en las decisiones de la empresa), o autorización judicial [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 24 de enero de 2012 (RC 2269/2010) – FD 5º-; 25 de enero de 2012 (RC 2236/2010)]:

« (...) Y que la validez del consentimiento exige, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Segunda de este Tribunal que expresamente cita (sentencias, entre otras, de 1 de abril de 1996, 4 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 2005), que esté absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño; por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere. (...) » (FD 5º)

Actuación inspectora de los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 2829/2011) –FD 9º-; 27 de abril de 2012 (RC 6552/2009) –FD 6º-]:

II.10.- SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (ART. 18.3 CE)

Régimen de protección: doctrina del Tribunal Constitucional [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2010 (RC 1783/2009)]:

« (...) El derecho fundamental reconocido por el artículo 18.3 de la Constitución ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional. En ellas ha definido, entre otros extremos, qué es lo que constituye [principalmente, en la STC 114/1984] y no constituye comunicación a estos efectos [el paquete postal, por ejemplo, no es correspondencia protegida (STC 281/2006)] y ha relacionado la intromisión constitucionalmente vedada con la que se produce mediante el "empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación, es decir, a su existencia, contenido y a las circunstancias externas del proceso de comunicación" [SSTC 56/2003, 123 y 70/2002], subrayando el carácter formal del derecho en la medida en que proscribire toda injerencia ajena a los intervinientes con independencia del contenido íntimo o no de la comunicación [SSTC 114/1984, 70 y 123/2002, 56/2003]. Ha distinguido, también, a propósito de las telefónicas, entre la protección de la comunicación en sí misma, en la que se incluye la identidad de quienes participan

en ella, de la que merecen aspectos relacionados con la misma pero externos a su contenido [STC 123/2002] y ha excluido la existencia de infracción de este derecho fundamental cuando es uno de los participantes en la comunicación el que desvela a terceros su contenido [STC 114/1984]. Por lo demás, ha definido el alcance del control judicial [recientemente, en las SSTC 26 y 5/2010, 220 y 219/2009 recoge su doctrina al respecto, expresada, entre otras, en las SSTC 205/2005 y 184/2003] que habilita su interceptación.

Por otro lado, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo [sentencias de 26 de septiembre de 2007 (casación para la unificación de doctrina 966/2006) apoyándose en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el caso Copland contra el Reino Unido (2007) y de 5 de diciembre de 2003 (casación 52/2003)] admite --en determinadas condiciones que en ningún caso requieren la autorización judicial ni el consentimiento expreso y puntual de los afectados-- la injerencia del empresario en el uso de los teléfonos y del correo electrónico de la empresa o en la navegación por Internet a través de terminales de la empresa por los trabajadores, bastando su previo conocimiento de la posibilidad de que se lleve a cabo ese control.

Además, sucede que el Tribunal Constitucional ha construido su doctrina sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas de las personas físicas. Esta circunstancia, debida a la naturaleza misma de este tipo de comunicación, nos indica la dificultad de tratar el supuesto que estamos considerando exactamente del mismo modo en que han de ser abordados aquellos casos en que son hombres y mujeres quienes reclaman su respeto. En este sentido, no debe pasarse por alto que, si bien este derecho fundamental ha sido considerado de carácter formal por limitarse a proscribir la injerencia de terceros no consentida por los intervinientes o no autorizada judicialmente en una comunicación telefónica, la misma doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado la idea de libertad de comunicaciones que comporta este artículo 18.3 de la Constitución (STC 114/1984) y que su infracción supone una grave injerencia en la intimidad personal constitucionalmente reconocida (SSTC 26/2006, 261/2005, 17/2001, 299/2000, 49/1999, 81/1998, 123/1997, 54/1996, 181/1995, 85/1994).

Esta asociación material, ciertamente, no permite prescindir del distinto régimen de protección que es propio del derecho a la intimidad, eminentemente material, y del derecho al secreto de las comunicaciones, eminentemente formal. No obstante, sí incide en el concepto de comunicación que el artículo 18.3 de la Constitución quiere preservar mediante el secreto. En efecto, la STC 281/2006, no ha podido evitar de esa vinculación al definirlo. Así, dice:

"Pues bien, si el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE EDL 1978/3879), las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos. Aunque en la jurisprudencia constitucional no encontramos pronunciamientos directos sobre el ámbito objetivo del concepto constitucional de "comunicación", sí existe alguna referencia indirecta al mismo derivada del uso indistinto de las expresiones "comunicación" y "mensaje", o del uso de términos como "carta" o "correspondencia" cuando de la ejemplificación del secreto de las comunicaciones postales se trataba (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7)"». (FD 9º)

Ausencia de vulneración por la monitorización de las llamadas en el ejercicio del control de las redes previsto en el artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, dirigida a la detección de irregularidades en la prestación de

un servicio técnico por parte de una empresa, sin identificación alguna de las personas intervinientes [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2010 (RC 1783/2009)]:

« (...) Desde las premisas que nos suministran las consideraciones anteriores, debemos recordar, para resolver los motivos de casación primero cuarto y quinto, los datos relevantes antes mencionados: la monitorización de llamadas cuyos resultados refleja el Acta objeto de recurso se hizo por funcionarias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que actuaban en virtud de una específica orden de inspección, se hizo solamente sobre las efectuadas durante actuaciones conjuntas de técnicos de TELEFÓNICA y de YACOM de reparación de averías o de pruebas y con el objeto exclusivo de comprobar si la avería había sido solucionada. También, que esa monitorización se hizo en las instalaciones de YACOM cuyo personal no sólo no hizo expresión alguna de oposición a la misma, ni alegación ninguna pese a que se le ofreció tal posibilidad, sino que colaboró activamente en ella. Asimismo, ha de destacarse que no se identificó a las personas que participaron en las llamadas fuera de la mención de la empresa a la que pertenecían. Personas ninguna de las cuales consta que haya manifestado queja o emprendido acción alguna relacionada con dicha monitorización.

Ausente esta dimensión, lo que queda es la pretensión de una empresa, TELEFÓNICA, de hacer valer el secreto de tales comunicaciones para privar de validez a los resultados de la inspección. Ciertamente, le asiste todo su derecho a perseguir ese objetivo pero no a costa de mantener la infracción del artículo 18.3 de la Constitución, ya que no se ha producido.

En efecto, del mismo modo que la STC 281/2006 se ha fijado en la noción de comunicación protegida para excluir del ámbito de este derecho fundamental los paquetes postales, debemos tener en cuenta ahora el marco en el que se produjo la inspección, el sentido de la monitorización de las llamadas y el hecho indiscutido de que, sin identificar personas, se centró en la detección de irregularidades en la prestación de un servicio técnico por parte de una empresa. A eso se refiere la sentencia de instancia cuando excluye que se produjera en ellas una comunicación privada. Y estos extremos son particularmente relevantes porque ofrecen la perspectiva desde la que ha de enjuiciarse la suficiencia de la habilitación normativa y la existencia de consentimiento por parte de YACOM a la monitorización.

(1º) Esta intervención se produjo al amparo del artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo párrafo segundo dice:

"Los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta ley vendrán obligados a facilitar al personal de inspección, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a sus instalaciones. También deberán permitir que dicho personal lleve a cabo el control de los elementos afectos a los servicios o actividades que realicen, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar. Las personas físicas y jurídicas comprendidas en este párrafo quedan obligadas a poner a disposición del personal de inspección cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, éste considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase".

Para la recurrente y para el Ministerio Fiscal este precepto no ofrece una habilitación suficiente para intervenir las comunicaciones e insiste el segundo en que debe interpretarse restrictivamente el precepto legal invocado dada la afectación del derecho fundamental. Sin embargo, a la luz de las consideraciones anteriores y de que se trata de comprobar la forma en que un operador que ocupa una posición tan especial como TELEFÓNICA presta un servicio de interés general en virtud de relaciones jurídicas preestablecidas, entendemos que la autorización legal para

controlar las redes ampara la monitorización efectuada. A este respecto, tenemos presente que tuvo por objeto exclusivamente la verificación del modo en que se prestaba el servicio, es decir, la inspección del funcionamiento de la red de TELEFÓNICA o, si se quiere, del bucle de abonado, explotado por YACOM pero perteneciente a aquélla, para constatar de qué manera se resolvían las averías que se producían y cuál era la intervención de los empleados de una y otra entidad, en cuya identificación, por lo demás, no se detuvo. No nos parece que sea excesiva una interpretación que conduzca a estas conclusiones ni desde la doctrina del Tribunal Constitucional ni desde la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo invocadas por TELEFÓNICA.

Sobre la autorización legal no lo es porque en el contexto en el que se inserta la previsión del artículo 50.6 de la Ley General de Telecomunicaciones tiene pleno sentido ya que no puede reducirse el control de las redes a la mera revisión de libros, registros y documentos, pues el precepto distingue entre el control de las redes y la inspección de la documentación. A este respecto puede recordarse el razonamiento seguido por la STC 233/2005 para justificar la constitucionalidad de la habilitación concedida por el artículo 111.1 y 3, inciso primero, de la Ley General Tributaria a la Inspección de los Tributos para investigar los movimientos de cuentas. Razonamiento que tiene especialmente presente el contexto en que se sitúa esa habilitación y que, por lo demás, no cuestiona el rango de ley ordinaria de la norma que concede tales facultades que, sin embargo, inciden en el derecho a la intimidad.

Y, si la Ley autoriza el control de redes, ciertamente, se cumple el requisito de la previsibilidad del mismo por parte de quienes las instalan o explotan, al margen de que esa medida obedece a un fin legítimo --la correcta prestación de un servicio de interés general-- y sea proporcionada pues se practicó en la forma estrictamente necesaria para verificar tal extremo, ya que de otro modo no es posible comprobar si se atiende debidamente el servicio. Por tanto, ni siquiera desde los presupuestos a los que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo alegada por la recurrente estima válida la intervención de las comunicaciones se habría producido infracción alguna, supuesto que pueda apreciarse en TELEFÓNICA la cualidad de sujeto pasivo de esas comunicaciones en las mismas condiciones que las personas físicas que participaron en ellas. (...) »(FD 10º)

II. 12.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DIFUSIÓN DE PENSAMIENTOS, IDEAS, OPINIONES (ART. 20.1.a) CE)

Emisiones de radio/ televisión: el sometimiento de la explotación a concesión administrativa no vulnera los derechos de libertad de expresión y libertad de información [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 17 de mayo de 2010 (RC 6665/2001) –FD 5º-]

« (...) La circunstancia de que durante un determinado período de tiempo el campo de la televisión por cable no fuese regulado en detalle, no alteraba su naturaleza, que seguía siendo, mientras no se dispusiese lo contrario, un servicio público de titularidad estatal. Bien es verdad que esa falta de regulación no podía impedir ni obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión ni de comunicación por parte de los ciudadanos, como expresó el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 31 de enero de 1994, 16 de febrero de 1994 y 16 de enero de 1995, entre otras; pero el hecho de que en un momento posterior se dictasen normas para ordenar el sector, no suponía una

vulneración de las libertades invocadas por la parte recurrente con especial referencia al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y libre comunicación en cuanto que en la disposición transitoria primera se establece un plazo temporal limitado para el ejercicio de la actividad de televisión por cable y se le prohíbe hacer inversiones en su red. (...)» (FD 5º)

II.15.- DERECHO A COMUNICAR O RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ POR CUALQUIER MEDIO DE DIFUSIÓN (ART. 20.1 d) CE).

II.15.1.- Derecho a comunicar información

No lo vulnera el Acuerdo de la Junta Electoral Central que establece el tiempo dedicado a cada candidatura y el orden de emisión de los actos de campaña electoral de las distintas entidades políticas al final de los Telediarios --la denominada "crónica río"-- al tener una dimensión puramente organizativa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 19 de octubre de 2009 (RC-A 161/2008)]:

« (...) Se trata, en consecuencia de aspectos externos --tiempo dedicado a cada candidatura y orden-- a la información sobre los actos de campaña electoral en los telediarios, pues solamente a ellos se refiere el acuerdo, el cual nada dice, por lo demás, del contenido de aquélla ni podría decirlo, como bien precisa la contestación a la demanda y ya ha señalado la sentencia de esta Sala y Sección de 2 de octubre de 2006 (recurso 116/2004), cuando precisa que la cobertura de los actos de campaña electoral ha de ser realizada por los profesionales de RTVE con arreglo a sus criterios informativos.

Por tanto, son los aspectos externos de duración y orden de la información sobre los que incide el acuerdo». (FD 7º)

II.15.2.- Derecho a recibir información

Tal derecho fundamental no puede invocarse respecto al derecho de acceso a los documentos integrantes del expediente administrativo: cuestión de legalidad ordinaria [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de noviembre de 2010 (RC 3730/2009)]:

« (...) En primer lugar, no se ha vulnerado el derecho a recibir información veraz reconocido por el artículo 20.1 d) de la Constitución. Los recurrentes quieren hacerlo valer respecto del procedimiento administrativo y en el ámbito de las relaciones que se producen entre el interesado que pretende acceder a un expediente y la Administración que le discute el interés que le legitima para ello. Sucede, sin embargo, que las pretensiones de esa naturaleza tienen su lugar en el artículo 105 de la Constitución y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En esos preceptos y en los que con ellos están relacionados se encuentran las normas que han de ser aplicadas, no en el artículo 20 de la Constitución. Los derechos que enuncia el apartado 1 de este precepto son los asociados a la libre expresión del pensamiento y a la libre comunicación y recepción por cualquier medio de información veraz, elementos ambos imprescindibles en una sociedad democrática en la medida en que expresan su

pluralismo y sirven para la formación de una opinión pública libre, esencial a la misma. Y nada de eso está en juego cuando de lo que se trata es del acceso al expediente de adjudicación de la concesión de explotación de una cantera por quien pretende obtenerla en régimen de concurrencia por entender que no procede su adjudicación directa.» (FD 4º)

II.15.3.- Acceso a los medios públicos de comunicación social de los grupos sociales y políticos significativos (art. 20.3 CE)

Presencia de partido político en debate televisivo: Imposibilidad de garantizar la presencia en todo momento en los medios de comunicación de naturaleza pública de la totalidad de esos grupos. Criterios para la validez de las restricciones o limitaciones [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 6 de mayo de 2009 (RC-A 243/2007)]:

« (...) Pero con ser cierto lo anterior, no lo es menos que resulta imposible garantizar la presencia en todo momento en los medios de comunicación de naturaleza pública de la totalidad de esos grupos. Y que esa imposibilidad, a fin precisamente de garantizar la eficaz operatividad de ese pluralismo en cuanto a esa importantísima funcionalidad democrática que le corresponde, hace inevitable establecer restricciones o limitaciones a esa presencia.

Limitaciones que, por razones obvias, han de consistir en otorgar prioridad para esa presencia de que se viene hablando a los grupos que tengan una superior importancia o significación en la vida política y social.

Esto último desplaza, pues, la discusión a esta otra cuestión: qué criterios, en orden a la fijación de esas limitaciones, serán constitucionalmente validos desde la perspectiva tanto del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) como de las exigencias que imponen los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (9.3 CE).

Pues bien, al respecto de esta definitiva cuestión, ya pueden avanzarse estas iniciales consideraciones.

La racionalidad que es inherente a la interdicción de la arbitrariedad exige fundar en datos objetivos la mayor importancia o significación que se otorgue a unos grupos frente a otros; y también conlleva y justifica establecer diferentes criterios para esa ponderación en función de la distinta naturaleza del acto público (o debate) en que deba operar la prioridad que sea reconocida a algunos de esos grupos.

El derecho a la igualdad exige, por un lado, que los datos objetivos que hayan sido acotados como criterio de ponderación para cada clase de actos sean aplicados uniformemente en circunstancias similares con independencia de la fecha del acontecimiento en que haya de tener lugar esa aplicación. Por otro, que esa aplicación sea igual para todos los grupos.

Y en lo que hace al principio de seguridad jurídica, aconseja mantener invariables los criterios que así hayan sido preestablecidos y aplicados con anterioridad, con el fin de no defraudar la confianza de aquellos grupos que, en la creencia de que esas eran las reglas, aceptaron en determinados actos o debates públicos las limitaciones que para ellos se derivaron de dichos criterios». (FD 3º)

II. 16.- DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN (ART. 21 CE)

II. 17.- DERECHO DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE)

Federaciones Deportivas: no tienen la consideración de asociaciones encuadradas en el artículo 22 CE y en el marco general de la LO 1/2002 [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de diciembre de 2010 (RC 5262/2009); 8 de noviembre de 2010 (RC 2199/2009) – FD 6º-]:

«(...) las Federaciones Deportivas no tienen la consideración de asociaciones encuadradas en el marco general de la L.O. 1/2002 -el propio artículo 1.3 de ésta las remite a una norma legal específica- porque desempeñan funciones públicas por delegación y, por tanto (...) tampoco pueden tener una libertad absoluta de configuración interna, en la medida en que su existencia y actividad debe estar orientada también al cumplimiento de los fines de interés general que figuran reconocidos en el artículo 43.3 CE; por tanto, sus máximos órganos de gobierno y representación, como son la Asamblea General (artículo 15 del R.Dl. 1835/91) y el Presidente (artículo 17 del R.D. 1835/91) de cada Federación, en cuanto que son los que han de tomar las decisiones más importantes que afectan al normal ejercicio de las competiciones deportivas oficiales dentro del Estado, habrán de regirse por un proceso de nombramiento que garantice de modo uniforme para todas las Federaciones Deportivas el principio de representatividad democrática.» (FD 4º)

Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana no tienen la consideración de asociaciones encuadradas en el artículo 22 CE [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de junio de 2009 (RC 76/2006)]:

« (...) no puede entenderse que las asociaciones privadas de propietarios que precedieron a las Cámaras Oficiales de Propiedad Privada pervivieran simultáneamente a la configuración de éstas como Corporación de Derecho Público, como tampoco que dichas asociaciones privadas renacieran o se mantuvieran después de la supresión legal de dichas Cámaras Oficiales.

Por tanto, son acertadas las afirmaciones de la sentencia recurrida de que la supresión legal de las Cámaras Oficiales operó del todo en lo único que eran, Corporaciones de Derecho público; y no supuso revivir o recuperar la vida jurídica de la asociación de propietarios constituida en el siglo XIX.

Y en consecuencia, es también acertado el rechazo que la Sala del País Vasco decidió sobre la denunciada infracción del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución porque, efectivamente, el ámbito de protección de este precepto constitucional está referido al asociacionismo privado.

Aunque todo lo anterior es bastante para desestimar el segundo motivo de casación, son convenientes estas últimas puntualizaciones que siguen.

Que el Real Decreto Ley 8/1994 dispone la supresión de las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana sin salvedad alguna en cuanto a las asociaciones privadas que pudieran haberlas precedido (artículo único), y esto último se ve confirmado por lo que establece en su disposición adicional única sobre el destino del patrimonio de las mismas (aunque diferencia dos partes en orden a sus fines, dispone en ambos casos su inscripción a favor de Administraciones públicas y no su entrega a particulares).

Y que la disposición adicional trigésima de la Ley 66/1997 no configura ninguna prestación en favor de sujetos individualizados privados, porque lo que regula es algo diferente: los requisitos que habrán de observar las Comunidades Autónomas que decidan ejercitar la competencia o habilitación que tengan conferida para constituir Corporaciones de Derecho Público en el sector inmobiliario urbano con la denominación de Cámaras de Propiedad Urbana». (FD 8º)

Organizaciones profesionales agrarias: En el contenido constitucional del derecho de asociación no entra en principio un derecho de participación institucional [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de abril de 2012 (RC 7043/2010) y 13 de julio de 2011 (RC 3943/2010) –FD 9º-]:

« (...) En el mismo sentido debe advertirse que, al igual que en el caso resuelto por nuestra sentencia de fecha 13 de julio de 2011 (R.C. núm. 3943/2010), referido al derecho de la Unió de Pagesos de Catalunya (integrante de la organización profesional agraria aquí recurrente) a ser convocada a las reuniones de la Mesa de Fiscalidad Agraria, que invoca expresamente el Abogado del Estado por su sustancial similitud con el caso actualmente sometido a decisión, lo que se debate en el proceso, en el que se inserta este recurso de casación, es una cuestión de participación institucional de la asociación recurrente, no cuestionándose que en ella puedan establecerse diferencias de trato en función de la mayor representatividad de las distintas asociaciones en el ámbito estatal, sino que en el fondo de lo que se trata es de la reclamación de la recurrente de que la considere asociación más representativa al mismo nivel de otras integrantes de la Comisión General de la Entidad Estatal de Seguros Agrarios (ENESA), presupuesto necesario para poder obtener las subvenciones convocadas por las resoluciones allí impugnadas.

NOVENO.- Entrando, pues, en el examen del motivo, en la parte atinente a la vulneración del derecho de asociación, debe destacarse que la argumentación de la recurrente contenida en él no se refiere propiamente al contenido constitucional del derecho de asociación, como sería esperable dada la índole del tipo de proceso que eligió la recurrente, el regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, sino a un problema de no discriminación entre asociaciones agrarias, por lo que en realidad no se hace sino reiterar en un marco conceptual diferente lo referible a la vulneración del art. 14 CE.

Desde la óptica del art. 22 de la Constitución, como hiciéramos en nuestra sentencia de fecha 13 de julio de 2011 ya citada (F.D. 9º), debe indicarse que en el contenido constitucional del derecho de asociación, (que es distinguible y diferenciable del derecho de libertad sindical, al que aluden los convenios de la OIT citados por la recurrente), no entra en principio un derecho de participación institucional, que podrá existir o no; en todo caso, no por exigencia constitucional, sino por libre opción del legislador y en los términos en los que lo regule, si lo establece.

Hemos de concluir así que el motivo referido a la vulneración del derecho de asociación carece del rigor jurídico necesario para demostrar que tal vulneración se ha producido en este caso, debiendo desestimarse tales argumentaciones del mismo» (FD 8º y 9º)

II.18.- DERECHO A PARTICIPAR EN ASUNTOS PÚBLICOS (ART. 23.1 CE)

Es un derecho de configuración legal en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de septiembre de 2012 (RC 3283/2010)]:

« (...) la norma reguladora de los derechos de los miembros de la Diputación Foral que aquí cumple ese papel de ley configuradora del derecho de participación política es la antes citada Norma Foral de 1984 y a ella ha de estarse; porque el deber de motivación

impuesto por esta Norma Foral para las limitaciones que se impongan al derecho de información que asiste a los miembros de la Juntas Generales de Álava forma parte de su estatuto; porque ese deber de motivación a quien incumbía cumplirlo, y no lo hizo, es a la actuación administrativa que directamente ha sido combatida en el actual proceso [la respuesta que la Diputación Foral dio el 24 de diciembre de 2008 a la petición de información]; y porque la contestación a la demanda lo que ha venido a reconocer es que esa limitación de la información solicitada exigía para su validez unas razones que la justificaran (omitidas, como ya se ha dicho, en esa respuesta de 24 de diciembre de 2008).» (FD 3º)

La denegación de acceso a un expediente municipal a un concejal lo vulnera [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 15 de junio de 2009 (RC 9584/2003)]:

« (...) el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos a la misma y a lo que implica de control democrático». (FD 6º)

Ausencia de vulneración por la exigencia de un aval de firmas para la presentación de candidaturas [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de marzo de 2012 (RC-A 586/2011)]:

« (...) El establecimiento de unos requisitos a cargo de las candidaturas dentro del proceso electoral no supone en sí mismo una lesión de cualquier derecho constitucional; pero en el presente caso, además, no puede entenderse que la actuación impugnada haya vulnerado los derechos fundamentales alegados porque que es un hecho notorio, a todos los efectos, que el Partido Andalucista ha concurrido en su momento y ha participado en las Elecciones Generales por la circunscripción de Córdoba, presentando sus candidaturas sin imprevisto conocido, lo cual se ha producido sin lesión efectiva al derecho fundamental postulado. Por otro lado, cómo el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la plena regularidad constitucional del requisito establecido en el art. 169.3 de la L.O.R.E.G. que ahora nos ocupa, según diversas sentencias como la de 2 de noviembre de 2011, recaída en el recurso de amparo electoral núm. 5888/2011 (...).» (FD 5º)

II.19.- DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS (ART. 23.2 CE)

II.19.-1.- Concepto

El contenido de ese derecho fundamental no es el derecho a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, sino el de acceder en condiciones de igualdad con los requisitos legalmente previstos y en los procesos legalmente dispuestos (por lo cual el artículo 23.2 CE es una especificación del artículo 14 CE). [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de noviembre de 2010 (RC 3095/2008); 9 de diciembre de 2010 (RC 3329/2009) –F.D. 5º-; 21 de junio de 2010 (RC 1712/2009) –FD 5º-; 29 de

junio de 2010 (RC 488/2008) –FD 1º-; 8 de marzo de 2010 (RC 4194/2008) –FD 4º-; 17 de febrero de 2010 (RC 1212/2008) –FD 4º-; 24 de febrero de 2010 (RC 857/2007) –FD 4º-; 30 de junio de 2009 (RC 6002/2007) –FD 4º-];

« (...) Que el contenido de ese derecho fundamental no es el derecho a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, sino el de acceder en condiciones de igualdad con los requisitos legalmente previstos y en los procesos legalmente dispuestos (por lo cual el artículo 23.2 CE es una especificación del artículo 14 CE).

Que es un derecho de configuración legal que atribuye un amplio margen al legislador en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración.

Que esa libertad del legislador no es absoluta porque tiene un límite positivo y otro negativo; consistiendo el positivo en la obligación de implantar unos requisitos que respondan únicamente a los principios de mérito y capacidad (lo que obliga a poner en relación los artículos 23.2 y 103.3 CE); y concretándose el negativo en la proscripción de que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos individualizados que equivalgan a una verdadera y propia acepción de las personas.

Que el derecho del artículo 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación de la misma ley pero no consagra un derecho al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una desigualdad entre los participantes, una vulneración de la igualdad, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce al artículo 23.2 CE». (FD 4º)

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo. No impone a la Administración otorgar un tratamiento singularizado a ningún aspirante por razones estrictamente personales aunque éstas sean calificables de fuerza mayor. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 5 de julio de 2012 (RC 4072/2010)]:

« (...) Para la decisión del presente recurso, dados los términos del debate que han quedado expresados, es preciso destacar de partida que nos hallamos en el ámbito de un proceso especial de tutela de derechos fundamentales, debiendo centrarse por tanto la atención, al margen de eventuales irregularidades procedimentales que pudieran haberse producido, en si la indudable situación de fuerza mayor en que la demandante se encontraba, que le impedía concurrir al llamamiento para el primer ejercicio de la oposición señalado para el 26 de octubre, podía justificar que se aceptase la petición de la demandante de que el Tribunal se desplazase al lugar en el que se encontraba, dada su desgraciada situación, para examinarla. O en otros términos, si los arts. 14 y 23.2 CE, que son los derechos cuya tutela se reclamó en la instancia, amparaban e imponían por tanto a la Administración que se le otorgase a la actora el tratamiento singularizado que solicitaba, en razón de su desgraciada situación.

Es ese planteamiento radical de partida el que debe presidir nuestra decisión, y no tanto si la demandante apreció un término de comparación con otro opositor que se hallase en su situación.

Efectuada dicha precisión, debemos recordar que el derecho fundamental del art. 23.2 CE se enuncia en los siguientes términos: «Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que

señalen las leyes». La expresión con arreglo a las Leyes, es indudable que fija el término de referencia del juego de las "condiciones de igualdad". Lo que suscita la cuestión de si puede resultar exigible por ese derecho y por el del art. 14 CE que los requisitos establecidos en la Ley deban alterarse respecto a la previsión general, arbitrando una solución singularizada para que quien, por razones estrictamente personales, aunque estas sean calificables de fuerza mayor, no pueda cumplir las exigencias generales.

Para dar respuesta a tal planteamiento, conviene examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 23.2 CE, que puede sintetizarse, por todas en la STC 30/2008 de 25 de febrero, F.J. 61, en que se dice:

«a) En primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes; como hemos declarado, por todas en las SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 138/2000, de 29 de mayo, la Constitución reserva a la ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador. Una verdadera predeterminación que ha de asegurar que la Administración encargada de valorar los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23. 2 CE, lo cual, por otra parte es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez que lo es de la legalidad, tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado uno a las condiciones de igualdad mérito y capacidad previamente establecidas. En suma, "la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo" (STC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.b).

b) En segundo lugar, pero en inescindible conexión con lo anterior, hemos destacado que nos hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas "en condiciones de igualdad", lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril). Entre las específicas garantías que la jurisprudencia de este Tribunal ha ido situando en el contenido de este derecho fundamental, se encuentra la del derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley: "el derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las "condiciones de igualdad" a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo en relación con las propias "leyes", sino también con su aplicación e interpretación (por todas, SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c))" (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4). En definitiva el art. 23.2 CE, garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo.

c) En cuanto al alcance del análisis del Tribunal, debe tenerse presente que, como la STC 353/1993, de 29 de noviembre, declaró, "lo que no cabe pedir en la vía del recurso de amparo es que este Tribunal entre a examinar y, en su caso, a revisar o a rectificar la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinados puestos se lleve a cabo por los órganos calificadoros de los concursos y oposiciones, pretensión esta que confundiría lo resuelto en un procedimiento necesariamente selectivo con la afectación del derecho ex art. 23.2 de la C.E. y que entrañaría, por lo mismo, pedir a este Tribunal Constitucional algo que no entra en su jurisdicción (ATC 1239/1987)" (FJ 6).

d) Por último hemos afirmado, por todas STC 221/2004, de 29 de noviembre, que el art. 23.2 CE EDL 1978/3879 "no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, por lo que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual

juicio de igualdad (SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 c); y 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 c))" (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4). En definitiva, lo que se debe enjuiciar en este proceso constitucional, como se aclaró en la STC 353/1993, de 29 de noviembre, cuando se trate de una controversia surgida en la ejecución de un procedimiento selectivo dotado de unas bases adecuadas a las exigencias constitucionales, es si se han introducido por las Administraciones públicas, "explícitamente o no, referencias individuales", o si existe alguna "quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función" o, en fin, si "no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final del puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad" (FJ 6)».

OCTAVO.- La aplicación de dicha doctrina al presente caso, conduce a entender contra el criterio de la Sentencia recurrida, y aceptando por el contrario el del Ministerio Fiscal, que no existió la alegada vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2).

En efecto, lo que la recurrente solicitó fué ser examinada en Zamora posibilidad no prevista por las bases de la convocatoria.

Hemos de afirmar que la interpretación efectuada por la Administración, y que no fue avalada por la Sala de instancia, fue correcta, pues en definitiva el art. 23.2 CE, garantiza un trato igualitario a todos los participantes en un proceso selectivo, que es lo que materializó la Administración con su proceder; y lo que la recurrente pretendía en definitiva era que la Administración le dispensara un trato distinto y diferencial con respecto al resto de los aspirantes, con el fin de poder superar una situación personal desgraciada, que se había producido en su vida particular, y ante el cual este Tribunal Supremo, no se muestra insensible, si bien inapelablemente ha de acomodar su respuesta a la Ley. (...)» (FD 7º y 8º)

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos obliga a la Administración, a la hora de configurar las bases rectoras del procedimiento selectivo, a guardar el necesario equilibrio entre los méritos a valorar, de tal forma que no haga prevalecer irrazonablemente unos frente a otros que puedan resultar discriminados [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de diciembre de 2010 (RC 1710/2009) –FD 4º-; 21 de junio de 2010 (RC 1712/2009) –FD 5º-; 19 de julio de 2010 (RC 950/2008) –FD 4º-; 7 de junio de 2010 (RC 974/2009) –FD 5º-]

El derecho de acceso al empleo público es un derecho fundamental de configuración legal. Resulta vulnerado por el incumplimiento de disposiciones legales dictadas en desarrollo del mismo [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 29 de octubre de 2010 (RC 2448/2008)]:

« (...) Entrando en el análisis del recurso planteado por (...) se alega por esta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vulneración de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución Española de 1978.

Ha de acogerse este motivo de casación por las razones siguientes. En primer lugar, como sostiene la recurrente, el derecho de acceso al empleo público es un derecho fundamental de configuración legal, tal como expresamente dispone el artículo 23.2 de nuestra norma constitucional. Pues bien, ha sido en desarrollo de ese derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, que el Estatuto Básico del Empleado Público dispone en su artículo 10.4 que :“En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas

vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”; y en el apartado 1 de este precepto se dispone que :”Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera”.

Por su parte, el artículo 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón sostiene que “las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios”.

La claridad de estos preceptos no dejan duda de la ilegalidad del acuerdo impugnado, en este punto, al que restringe la recurrente el recurso de casación, y único en el que podemos entrar en consecuencia. Ahora bien, la cuestión es si nos encontramos ante una simple ilegalidad, o por el contrario la misma afecta al derecho fundamental. Y hemos de admitir que así es, pues no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. (...)

En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes. (FD 2º)

II.19.-2.- Contenido

El derecho de acceso al empleo público es un derecho fundamental de configuración legal. Afecta no solo al acceso a la función pública por un sistema que garantice los principios de igualdad, capacidad y mérito, sino también al mantenimiento en la condición de funcionario. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de marzo de 2010 (RC 1801/2006) –FD 1º-]

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de febrero de 2010 (RC 4767/2007)]:

« (...) la garantía del acceso al cargo público del apartado 2 de ese artículo 23 CE se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes; funciones que, recordadas aquí en lo esencial, consisten en la posibilidad de ejercer el control político a través de los actos de votación, pero también en recabar la información que resulta necesaria para un ejercicio responsable de ese control y en promover el debate que es consustancial al pluralismo.

Y que corolario de todo lo anterior es que la indebida limitación o imposibilidad de ese desempeño se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el tan repetido artículo 23 CE.

Sin embargo, cuando la actuación a que se reproche ese déficit de participación política afecte a concretos intereses particulares (como acontece en el presente caso, en que la actuación municipal controvertida incide en los intereses de la sociedad privada

que promovió el Estudio de Detalle que fue objeto de aprobación definitiva), la posible causa invalidez de esa actuación pública deberá ser examinada con especial cautela, pues los derechos de participación política habrán de cohonestarse debidamente con esos otros intereses que resultan afectados y, también, con el principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 CE), que no tolera nulidades o paralizaciones de una acción pública que no estén suficientemente justificadas.

Esto último significa que para que resulte procedente declarar la invalidez de una acción pública no basta con una denuncia genérica de falta de información por parte del representante político que la invoque, sino que será necesario precisar las concretas razones por las que ese déficit de información le han impedido ejercer debidamente la tarea de control político que es inherente a su función representativa». (FD 5º)

II.19.-3.- Supuestos diversos:

II.19.-3.1.- Vulneración existente

Discriminación por razón de edad: la fijación de la edad máxima de treinta años para participar por el turno libre en el proceso selectivo convocado para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía carece de justificación objetiva y razonable. Nulidad del límite de edad establecido en el apartado b) del artículo 7 del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de marzo de 2011 (RC-A 626/2009)]:

« (...) A la hora de decidir si la edad máxima de treinta años para el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía es conforme a ese canon de constitucionalidad, hemos de tener presente que, ciertamente, por la naturaleza de las funciones a desempeñar en un cuerpo o escala puede ser preciso que quienes se integran en ellas no superen una edad que les haga inadecuados para cumplirlas.

Del mismo modo, no ha de excluirse que por la configuración de esos Cuerpos y Escalas o por las características de la organización en la que se encuadren, deba limitarse esa edad máxima de ingreso para permitir que el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios se concilie con las relaciones dispuestas entre los diferentes cuerpos y escalas.

O que sea imprescindible limitarla para hacer posible que quienes ingresen en la función pública alcancen la formación necesaria para el eficaz cumplimiento de las tareas correspondientes.

En cambio, vistas las reglas generales sentadas legalmente, no parece que sean válidas razones relacionadas con la generación de los derechos pasivos o de cualesquiera otros por parte de los funcionarios: si, en principio, la regla es que no haya más límites que los señalados para la jubilación forzosa, está claro que queda excluido este criterio de entre los que podrían justificar una edad máxima distinta.

En consecuencia, solamente los criterios que descansen en concretos intereses públicos podrán considerarse válidos para introducir excepciones.

SEXTO.- Llegados a este punto, e insistiendo en que únicamente nos interesa la edad máxima fijada en esta convocatoria, entendemos relevantes para nuestro pronunciamiento estos datos:

(a) la fijación de los treinta y cinco años de edad como límite para acceder a la Escala Ejecutiva por oposición libre siendo ya funcionario del Cuerpo nacional de Policía en activo;

(b) la inexistencia de límite de edad para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía por promoción interna; y

(c) la supresión de una edad máxima distinta de la de jubilación forzosa para acceder a plazas e Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra.

Son términos de comparación que estimamos válidos porque todos ellos exteriorizan situaciones que no presentan diferencias sustanciales con la situación personal en que se encuentra el Sr. (...).

Así, si un miembro de la Escala Básica puede acceder, vía promoción interna, a la Escala Ejecutiva con más de treinta años no se ve por qué motivo se le ha de prohibir hacerlo a quien aspira a ingresar por el turno libre. El ingreso previo en la otra Escala y los requisitos que dentro de ella se hayan de cumplir para estar en condiciones de participar en las pruebas selectivas por el turno libre no quitan la conclusión de que a los treinta y cinco años es posible desempeñar sin dificultad las funciones de la Escala Ejecutiva y, si por promoción interna ese acceso se puede producir más tarde, el argumento que utilizamos se fortalece.

Dicho de otro modo, las circunstancias específicas que afectan a los integrantes de la Escala Básica a la hora de situarse en condiciones de opositar por libre o de servirse de la promoción interna no guardan relación con la configuración objetiva de los cometidos de la Escala Ejecutiva.

Y lo mismo ha de decirse respecto de los Mozos de Escuadra, ya que no se aprecian diferencias significativas entre los cometidos de los Inspectores del Cuerpo Nacional de Policía y las de los Inspectores de ese cuerpo autonómico; pues, teniendo en cuenta que los Mozos de Escuadra ejercen en Cataluña las mismas funciones que la Policía Nacional en otros lugares de España, ha de concluirse que a los cuarenta años no hay obstáculos para desempeñar las propias de la Escala Ejecutiva de ésta última.

Debemos recordar en este punto que en nuestras sentencias de 31 de enero (casación 2202/2000) y 28 de junio (casación 846/2000) de 2006 confirmamos las dictadas por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anularon una base de la resolución de convocatoria de pruebas selectivas para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra que fijaba en veintiún años la edad mínima para acceder a ellas y en cuarenta la máxima. (...)

Pues bien, a la vista de todo ello, no encontramos la debida justificación del límite máximo de edad cuestionado en este proceso, es decir, que tal límite sea esencial y determinante para desempeñar los cometidos propios de la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía. (...)»(FD 5º y 6º)

II.19.-3.2.- Vulneración inexistente

El establecimiento por Ley de un límite de edad para el acceso a la condición de militar de tropa y marinería no lo vulnera al fundarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida

considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 30 de mayo de 2012 (RC-A 63/2010)]:

« (...) El límite de edad que aquí es objeto de controversia se haya establecido en el artículo 3.1.e) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (según la redacción dada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre) y, por ello, la pretensión anulatoria de dicho límite de edad haría necesario, como reconoce la demanda, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, lo primero que aquí ha de abordarse es si hay razones bastantes para dudar de la constitucionalidad del precepto legal que acaba de mencionarse.

La respuesta a la necesidad de ese planteamiento tiene que ser negativa, por ser convincentes los argumentos que ha venido a ofrecer la Administración demandada para descartar que ese polémico límite de edad pueda considerarse injustificadamente discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

Esos argumentos, que aquí merecen ser asumidos, se pueden resumir en estas ideas principales que continúan.

Que la selección de los militares de tropa y marinería está dirigida a atender las necesidades que presenten de las Fuerzas Armadas a corto y largo plazo.

Que la debida atención de estas necesidades aconseja la disponibilidad del mayor número posible de personal que disponga de una amplia experiencia.

Que esa amplia experiencia exige para obtenerla prolongados periodos de permanencia en las Fuerzas Armadas.

Y que esa prolongada permanencia requiere, a su vez, incentivos que la favorezcan y, uno de ellos, es posibilitar a todo aquel cuya voluntad sea dicha permanencia el acceso a la situación de retiro y a los derechos económicos inherentes al mismo; o, dicho de otra forma, debe evitarse que la falta de expectativas de poder alcanzar esa protección de la situación de retiro sea un elemento disuasorio de la permanencia como militar de Tropa y Marinería, ante la necesidad de buscar una opción profesional distinta que sí facilite alcanzar una protección equivalente a la que comporta la situación de retiro.

Estos argumentos que acaban de consignarse ponen de manifiesto que el límite de edad aquí polémico cumple, según recuerda el Abogado del Estado, con esas exigencias que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado suficientes para justificar la validez constitucional de una diferencia de trato. Y así ha de ser considerado por todo lo siguiente: el discutido límite de edad está dirigido a esa finalidad de favorecer la prolongada permanencia en las Fuerzas Armadas que antes ha sido señalada; no es dudosa la legitimidad de tal finalidad por estar conectada con la meta de una mayor eficacia de las Fuerzas Armadas; y la limitación que comporta dicha edad cubre también el canon de proporcionalidad que resulta necesario en estos casos.

Debe, pues, concluirse, que los criterios de oportunidad utilizados por el legislador para establecer el aquí impugnado límite de edad no vulneran el principio de igualdad de acceso a las funciones públicas que reconocen los artículos 14 y 23 de la Constitución». (FD 3º)

Exención de la exigencia del conocimiento de la lengua catalana en los procesos de acceso y movilidad de dos determinadas categorías de personal sanitario del servicio de salud balear: No resulta discriminatoria al contar con una justificación objetiva y razonable, como es la insuficiencia de profesionales que puede producir

una afectación de la prestación asistencial vinculada a bienes jurídicos y derechos de obvia importancia (la salud y la vida). [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de febrero de 2011 (RC 6679/2009) –FD 3º-]

No resulta vulnerado por el hecho de que, en un proceso selectivo con varios tribunales calificadoros a los que se asigna determinado número de plazas, en la lista final de aprobados figuren aspirantes que, en su tribunal, aprobaron con una puntuación inferior a la obtenida, en otros tribunales, por aspirantes que quedaron excluidos. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 12 de diciembre de 2011 (RC 1435/2010) –FD 3º-]

II.20.- DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (art. 24.1 CE)

II.20.-1.- Ámbito de aplicación

El derecho de tutela judicial efectiva se refiere con carácter general a actuaciones de la Jurisdicción, no de la Administración [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de julio de 2012 (RC 4635/2011); 27 de junio de 2011 (RC 3978/2010) –FD 5º-; 24 de febrero de 2011 (RC 5806/2009) –FD 5º-; 14 de febrero de 2011 (RC 2053/2008) –FD 5º-; 26 de mayo de 2010 (RC 4809/2008) –FD 1º y 3º-; 28 de octubre de 2009 (RC 5877/2007) –FD 3º-]:

« (...) Tal como hemos dicho, tal lesión no se ha producido, la continuación de la actuación de la Administración Tributaria sin esperar a la decisión del Tribunal Económico Administrativo Central sobre la suspensión pedida no tiene entidad para comportar la lesión del derecho fundamental ya que se sitúa en una fase todavía previa que no incide directamente en la posición jurídica del interesado. Nada le impide impugnar judicialmente esa actuación ni reaccionar, también judicialmente, incluso en vía cautelar, frente a los eventuales actos encaminados a hacer efectivo el pago de la deuda tributaria. Cuestionándose, como se cuestiona una liquidación porque se ha dictado en virtud de una declaración de fraude de ley que también se está combatiendo, sin esperar a que resolviera sobre su suspensión cautelar, nos encontramos en un plano alejado de las decisiones que pueden suponer una lesión al derecho fundamental invocado. La tutela judicial efectiva no está en juego en este ámbito. (...)» (FD 5º)

El derecho de tutela judicial efectiva extiende su ámbito de aplicación a las actuaciones judiciales, a las administrativas sancionadoras, a las que se aplican los principios básicos del ordenamiento penal, y a aquellas otras actuaciones administrativas que impidan el acceso a la Jurisdicción [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 20 de julio de 2012 (RC 2234/2011); 1 de marzo de 2010 (RC 3920/2008) –FD 5º-; 21 de octubre de 2009 (RC 3906/2006) –FD 3º-]:

« (...) el artículo 24 de la Constitución, a cuya protección pretendía acogerse el recurrente en la instancia, extiende su ámbito de aplicación a las actuaciones judiciales, a las administrativas sancionadoras, a las que se aplican los principios básicos del ordenamiento penal, y a aquellas otras actuaciones administrativas que impidan el acceso a la Jurisdicción (cfr. sentencia de este Tribunal Supremo de 6 de junio de 1.991 y de 24 de noviembre de 1997, Rec. Casac. nº 820/1995, FJ 3º), doctrina

que debemos aplicar salvo supuestos excepcionales de directa lesión al artículo 24 de la CE» (FD 5º)

II.20.-2.- General: En relación con las actuaciones judiciales

II.20.-2.1.- Vertiente de acceso a la jurisdicción

Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Requiere la interpretación de las normas procesales conforme al principio pro actione [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 20 de enero de 2011 (RC 1465/2009); 8 de abril de 2010 (RC 3778/2009) –FD 1º-; 22 de marzo de 2010 –FD 1º-]:

« (...) - El derecho a la tutela judicial efectiva comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 1; 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; y 185/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas).

- Aunque la apreciación de cuándo concurre una causa obstativa del pronunciamiento de fondo es cuestión de legalidad ordinaria que compete efectuar a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE, no obstante éstos quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 118/1987, de 8 de julio, FJ 3; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; y 187/2009, de 7 de septiembre, FJ 2)» (FD 4º)

El derecho a la tutela judicial en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción ha de ejercerse de conformidad con lo establecido en las leyes procesales, las cuales, por razones de seguridad jurídica, fijan unos plazos para el ejercicio de las acciones y la interposición de los recursos. El incumplimiento de dichos plazos justifica su inadmisión, sin que tal decisión resulte incoherente con ese derecho fundamental. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de noviembre de 2011 (RC 6053/2009) –FD 5º-]

Cómputo del plazo para recurrir. Dies a quo cuando la resolución administrativa se notifica sucesivamente al interesado y al representante por él designado.

Interpretación más favorable para la efectividad del derecho fundamental [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de julio de 2012 (RC 5793/2010)]:

« (...) Ante tal circunstancia, consideramos que estando afectado el derecho fundamental de acceder al proceso, siendo igualmente razonables las dos apreciaciones de los hechos que menciona el Ministerio Fiscal, ha de estarse a la más favorable para la efectividad de ese derecho. Por tanto, limitada la controversia a cuando debía comenzar el cómputo de los diez días de plazo, se ajusta mejor al entendimiento del artículo 24.1 de la Constitución la que sostiene la actora ya que el proceder de la Administración al remitir también al representante de la Sra. (...) la misma resolución, aunque lo hiciera advirtiéndole que se le mandaba para su conocimiento, da pie a la conclusión que defendemos» (FD 5º)

El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 26 de septiembre de 2011 (RC 4168/2010) –FD 8º-; 20 de diciembre de 2010 (RC 5572/2009) –FD 6º-; 20 de diciembre de 2010 (RC 5767/2009) –FD 5º-; 29 de junio de 2009 (RC 5286/2007) –FD 6º-; 16 de abril de 2009 (RC 4663/2003) –FD 4º-].

II.20.-2.2.- Vertiente de cumplimiento de sentencias

Derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho al cumplimiento de las sentencias. No resulta vulnerado por un Real Decreto dictado en virtud de expresa habilitación concedida por las Cortes Generales al extinguirse el régimen de previsión del que eran beneficiarios los recurrentes y con arreglo al cual les había sido reconocido judicialmente el derecho a la pensión de jubilación en determinada cuantía, que resulta modificada por aquél. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de febrero de 2012 (RC-A 274/2010) –FD 4º-]

II.20.-2.3.- Vertiente de ejecución de sentencias

El derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, de forma que la interpretación de las cuestiones suscitadas en materia de ejecución de sentencias debe hacerse en el sentido más favorable para la efectividad de ese derecho fundamental. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 25 de julio de 2012 (RC 4217/2011)]:

« (...) En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de declarar que el principio de intangibilidad de las sentencias constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en su acepción procesal del derecho a la ejecución de lo resuelto en aquellas sentencias. Son de destacar así las siguientes sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional: 32/1982 de 7 de junio, 58/1983 de 29 de junio, 67/1984 de 7 de junio, 155/1985 de 12 de noviembre, 15/1986 de 31 de enero, 167/1987 de 28 de octubre, 215/1988 de 15 de noviembre, 148/1989 de 21 de septiembre, 190/1990 de 26 de noviembre, 194/1991 de 17 de octubre, 107/1992 de 1 de julio, 210/1993 de 28 de junio, 219/1994 de 18 de julio, 69/1996 de 18 de abril,

18/1997 de 10 de febrero, 83/2001 de 26 de marzo, 140/2003 de 14 de julio, 89/2004 de 19 de mayo, 139/2006 de 8 de mayo, 93/2010 de 15 de noviembre y 123/2011 de 14 de julio. De la referida jurisprudencia constitucional deben destacarse, como más significativos en cuanto a la solución estimatoria que procede dar al presente recurso, los siguientes puntos:

1º) El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiéndose configurado la ejecución de las resoluciones firmes como un derecho fundamental de carácter subjetivo, incorporado al artículo 24.1 de la Constitución, pues el obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho.

2º) La ejecución de las resoluciones judiciales ha de llevarse a cabo en sus propios términos, de suerte que la forma de cumplimiento o ejecución de las sentencias depende, según las reglas establecidas en la legislación ordinaria, de las características de cada proceso y de los concretos términos en que se manifiesta el contenido del fallo.

3º) Las cuestiones que pudieran suscitarse con respecto a la ejecución de las sentencias deben interpretarse conforme al sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a una tutela judicial, de forma que lo resuelto en cada caso por Jueces y Magistrados pueda llevarse a cabo, en los propios términos establecidos, de manera real y efectiva.» (FD 7º)

II.20.-3.- Excepcional: En relación con actos administrativos

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la notificación en tiempo de los actos administrativos de forma que haga posible a los interesados no sólo pedir y obtener jurisdiccionalmente medidas cautelares, sino también la posibilidad de llevar a efecto la eventual resolución favorable a esas medidas que pudiere dictarse. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de octubre de 2010 (RC 4266/2008) –FD 3º-].

II.20.-3.1- Procedimiento sancionador

Derecho a la tutela judicial efectiva y procedimiento sancionador: No se infringe el artículo 24 de la Constitución, aplicable al procedimiento sancionador, cuando el órgano competente eleve la sanción propuesta por el instructor, siempre que lo haga dentro del margen legalmente establecido y respetando los hechos y su calificación jurídica consignados en el pliego de cargos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 2 de marzo de 2009 (RC-A 564/2007) –FD 11º-]

II.20.-3.2- Ejecutividad de los actos administrativos

Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecutividad de los actos administrativos: Vulneración del derecho fundamental cuando se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de febrero de 2010 (RC 2431/2007)]:

« (...) la ejecutividad no es en principio contraria al derecho reconocido en el artículo 24 CE, y que lo decisivo para que pueda ser procedente, desde la perspectiva de dicho precepto constitucional, será su posibilidad de control jurisdiccional.

Respecto de esto último, ha afirmado, con base en la doctrina contenida en la STC 66/1984, que, por lo que hace a la ejecutividad, la tutela judicial se satisface facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida ante un tribunal, para que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.

También ha recordado que la STC 78/1996, de 20 de mayo, declaró: "el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica".

Tras lo anterior, se ha sentado la conclusión de que el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad.

(...)

No obstante lo anterior, conviene aclarar que el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que hace a la ejecutividad de los actos administrativos, lo que exige es permitir al particular interesado someter a un órgano judicial esa ejecutividad para que frente a ella pueda adoptar medidas cautelares. Pero no impone paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta tanto se dicte sentencia en el proceso judicial donde se impugnó dicho acto.

Esto último equivaldría a negar en términos absolutos la ejecutividad de los actos administrativos que, no sólo está legalmente reconocida, sino que está directamente relacionada con el principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 de la Constitución.

Y también debe subrayarse que la Administración tiene a su alcance, igualmente, la posibilidad de adoptar las medidas de carácter provisional, previstas en el artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando así lo aconseje el aseguramiento de la eficacia de la resolución final.» (FD 3º y 4º)

II.21.- DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY (art. 24.2 CE)

No resulta vulnerado por la atribución del conocimiento de un asunto en virtud de lo establecido en una norma de reparto de carácter general y objetivo. La distribución o el reparto de asuntos entre las Secciones de una Sala no sólo no lo pone en cuestión, sino que lo concreta [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de mayo de 2012 (RC 5053/2010); 26 de noviembre de 2012 (RC 6933/2010)]:

« (...) La Sección Sexta es el juez ordinario predeterminado por la ley para conocer de los recursos contra la actuación administrativa del Banco de España: así resulta de la disposición adicional cuarta de la Ley de la Jurisdicción y de las vigentes normas de

reparto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Y, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/2003, alegada por el Banco de España y por el Ministerio Fiscal, la atribución del conocimiento de un asunto en virtud de lo establecido en una norma de reparto de carácter general y objetivo respeta el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Del mismo modo, esta Sala, en la sentencia alegada por el Banco de España de 26 de julio de 2011 (casación 4594/2010), señala que la distribución o el reparto de asuntos entre las Secciones de una Sala no sólo no pone en cuestión ese derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución sino que lo concreta. Y, desde luego, tampoco menoscaba la independencia e imparcialidad de la Sección que, con arreglo a esas normas de reparto, es la llamada a resolver este recurso y todos los que se dirijan contra actos del Banco de España. Precisamente, ha recordado la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2003 que en la ley radica la garantía de la independencia y de la imparcialidad judicial. (...)» (FD 8º)

II.22.- DERECHO A LA DEFENSA (ART. 24.2 CE)

Derecho de defensa: Acceso al expediente administrativo y obtención de copias de documentos (art. 35 LRJPAC). No otorga un derecho absoluto a atender peticiones genéricas e indiscriminadas de la entrega de copia de la integridad del procedimiento, pues lo que se reconoce es el derecho a acceder al procedimiento para tomar conocimiento de la totalidad del mismo y, a la vista de lo así conocido, obtener "copia de documentos contenidos en ellos". [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 26 de enero de 2011 (RC 302/2010) –FD 4º-]

II.23.- DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO (ART. 24.2 CE)

El ejercicio del derecho a defenderse por sí mismo no permite prescindir, cuando esta sea la voluntad del interesado, de la asistencia técnica que significa la intervención de Abogado y Procurador que el ordenamiento jurídico haya establecido [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 15 de junio de 2011 (RC 2967/2010)]:

« (...) El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.

Como dijimos en la STC 42/82, "La asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así

mantuviere una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador.

En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso (f. j. 3º).

(...) La propia Comisión Europea de Derechos Humanos así lo ha entendido al apreciar que el art. 6,3 c) CEDH "no garantiza al acusado el derecho a decidir él mismo de qué manera asegurará su defensa", correspondiendo a la Autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o con asistencia de un abogado elegido por él mismo o nombrado de oficio (decisión de admisibilidad de la demanda núm. 5923/72 contra Noruega, de 3 mayo 1975).

Numerosas decisiones han precisado, en la misma dirección de remitirse al Derecho nacional en la ordenación de esta materia, que "compete al Estado reglamentar la comparecencia del Abogado ante los Tribunales y la obligación de aquéllos de respetar ciertos principios deontológicos" (decisión de admisibilidad de las demandas núms. 7577/76, 7586/76 y 7587/76, Ensslin, Baader y Raspe contra la República Federal de Alemania, de 8 julio 1978).» (FD 3º)

Derecho a la libre elección de abogado. Opera cuando el interesado puede sufragar la asistencia profesional con su patrimonio. Si carece de bienes, o si los que posee están afectos por disposición de la ley a los derechos preferentes de otras personas, el mecanismo legalmente previsto para la defensa es el de asistencia jurídica gratuita [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 18 de febrero de 2009 (RC 3948/2006)]:

« (...) No son convincentes esos argumentos que fueron desarrollados en la demanda para intentar defender la vulneración del derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado que es reprochada a la resolución administrativa contra la que se dirige la impugnación jurisdiccional.

Lo que debe señalarse, en primer lugar, es que la asistencia profesional a cuyo pago estarían destinados los aquí discutidos honorarios ya ha tenido lugar en esos procedimientos administrativos y jurisdiccionales respecto de los que es invocado el derecho fundamental.

Por lo cual, tomando en consideración cual es la finalidad que corresponde a ese derecho fundamental según la doctrina jurisprudencia que la propia demanda invoca, es decir, la de asegurar a través de la asistencia letrada el principio de igualdad de partes que en el correspondiente proceso debe ser garantizado, ha de concluirse que en el caso enjuiciado el impago no habría producido vulneración alguna, por ser posterior a la asistencia profesional libremente elegida por el interesado que tuvo lugar en esos concretos procedimientos que se han mencionado.

Y ha de señalarse también que la decisión de si esos discutidos honorarios deben merecer o no la consideración de crédito de la masa, en el procedimiento concursal a que está sometida la entidad recurrente, es un problema que, no sólo es ya una cuestión ajena al derecho fundamental cuya tutela aquí se reclama (por lo que acaba de argumentarse), sino también que queda fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (al corresponder decidirla al juzgado que está conociendo del procedimiento concursal).

Tampoco es de compartir lo que se viene a sugerir sobre que ese impago impediría a la entidad recurrente, en relación a procedimientos futuros, elegir para su defensa al mismo despacho profesional.

La libre elección de abogado opera siempre que el interesado pueda llevarla a cabo a costa de su patrimonio económico sin dificultad alguna, pero si carece de bienes, o si los que posee están afectos por disposición de la ley a los derechos preferentes de otras personas, la manera de superar esa dificultad es utilizar el mecanismo legalmente previsto de la asistencia jurídica gratuita» (FD 4º)

Protección de la confidencialidad de las comunicaciones Abogado- Cliente en el marco de actuaciones inspectoras [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 2829/2011); 27 de abril de 2012 (RC 6552/2009) –FD 7º-]:

« (...) Sobre estas premisas, importa señalar que en esa sentencia de 27 de abril de 2012 (casación 6552/2009) hemos dicho a propósito de la relación abogado-cliente en el marco de actuaciones inspectoras como la de autos lo siguiente:

"Lo que acaba de exponerse impide compartir el incumplimiento de la protección de la confidencialidad que corresponde a las comunicaciones abogado-cliente señalada en el segundo motivo de casación y, consiguientemente, la vulneración del derecho de defensa (artículo 24 CE) que sobre dicha base en ese motivo se denuncia.

Así ha de ser porque en el curso de esa actuación inspectora realizada en la sede de Madrid de STANPA, en presencia y con el asentimiento de su Responsable de Asesoría Legal, no se invocó, respecto de concretos documentos clara y debidamente individualizados e identificados, no se invocó (se repite) específicamente la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente que ampara el derecho de defensa y no se citó el artículo 24 CE a esos específicos efectos. Y, por último, tampoco se señalaron o sugirieron elementos de prueba dirigidos a demostrar que algunos de los elementos intervenidos presentaban rasgos que permitan reconocer en ellos ese carácter de comunicación abogado-cliente que merece la protección de confidencialidad que debe llevar consigo la debida tutela o reconocimiento del derecho de defensa. Por lo cual, STANPA no cumplió con la carga que el apartado 29 de la sentencia de 18 de mayo de 1982 del Tribunal de Justicia de la CEE (asunto 155/79 AM & Europe Limited) impone para que pueda dispensarse la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente de que se viene hablando.

Debe subrayarse, en apoyo de lo que antecede, que el criterio contenido en esta sentencia que acaba de mencionarse pretende, en definitiva, conciliar estas dos metas: asegurar el principio eficacia en lo que hace a la debida protección del libre juego de la competencia; y asegurar, también, todas las garantías que son inherentes al derecho de defensa y, entre ellas, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente. Y esa conciliación se logra mediante esa carga impuesta a quien reclame la protección de la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, pues está dirigida a evitar que su gratuita invocación pueda ser un obstáculo injustificado de las potestades reconocidas en el ordenamiento jurídico para asegurar que la protección del libre juego de la competencia alcance las debidas cotas de eficacia.

Como igualmente debe señalarse que el desarrollo argumental del segundo motivo de casación realiza extensas exposiciones sobre las razones por las que la protección de la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente forma parte del derecho de defensa y sobre sus apoyos normativos y jurisprudenciales, pero no hace referencia a que esa protección fuera reclamada bien en el acto de la inspección, bien posteriormente, respecto de concretas comunicaciones abogado-cliente" »(FD 9º)

II.24.- DERECHO A SER INFORMADO DE LAS ACUSACIONES FORMULADAS (ART 24.2 CE)

II.25.- DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS (ART 24.2 CE)

II.26.- DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA SU DEFENSA (ART 24.2 CE)

II.26.-1.- En relación con las actuaciones judiciales

Derecho de defensa y denegación de medios de prueba: requisitos para la vulneración del derecho fundamental [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 10 de junio de 2011 (RC 906/2010); 22 de junio de 2009 (RC 4235/2005) –FD 5º-]:

« (...) Se trata en todo caso de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 246/2000, de 16 de octubre).

No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero).

Además es preciso que la vulneración se impute al órgano judicial, pues no es admisible respecto de quienes con su pasividad o desacertada actuación procesal han contribuido a su materialización (STC 104/2001, de 23 de abril, STC 174/2005, de 4 de julio).

Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado que la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (STC 141/2009, de 15 de junio, FJ 4 con cita de otras muchas), y que la inejecución sea imputable al órgano judicial (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5). Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (FJ 4º STC 141/2009, de 15 de junio, con cita de otras anteriores).

Como dice la STC 181/2009, de 23 de julio, FJ 6º con cita de otras anteriores, la exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano "por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional".

TERCERO.- Por su parte este Tribunal Supremo ha afirmado que ninguna lesión se produce ante la denegación de una prueba por superflua (STS de 18 de junio de 2008, recurso de casación 3714/2005), o por la denegación de pruebas inútiles, impertinentes, innecesarias o inidóneas, es decir las que no guarden conexión con el objeto del proceso (STS de 27 de enero de 2004). (...)» (FD 2º y 3º)

Denegación de prueba: exigencias para apreciar su relevancia constitucional: pertinencia y carácter decisivo en términos de defensa [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 10 de diciembre de 2009 (RC 970/2008)]:

« (...) Como sostiene la recurrente esta doctrina exige para apreciar la relevancia constitucional de la denegación de prueba dos exigencias:

a) Que sea el recurrente quien demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieran probar y las pruebas inadmitidas.

b) Que quien invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia", ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo.

(...)

Por ello, esta Sala comparte el criterio de que debe bastar con una argumentación razonable sobre la posible influencia en la resolución sancionadora, y la carga que recae sobre el sancionado recurrente que alega este vicio es sólo la de argumentar esa influencia y no la de probarla en sentido estricto.

En consecuencia se considera por la Sala, que se ha vulnerado el derecho fundamental a la prueba reconociendo como sostiene el recurrente, su eficacia invalidante de las actuaciones administrativas lesivas del derecho a la prueba cuando, como en el presente caso concurra una argumentación razonable y suficiente por el recurrente de la pertinencia de la prueba inadmitida y de su potencial relevancia, para modificar la resolución sancionadora». (FD 3º)

II.26.-2.- En relación con actos administrativos

La garantía del artículo 24.2 CE sólo es aplicable al procedimiento sancionador y no a un procedimiento de liquidación tributaria [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 4 de marzo de 2009 (RC 4601/2007)]:

« (...) El tercer motivo se apoya en la invocación de la vulneración de sus derechos a los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido por el art. 24 de la CE. Infracción que relaciona tanto en el expediente administrativo como en la actuación del Tribunal de la Instancia, porque considera que no se le ha permitido la realización de una prueba que habría acreditado que las operaciones que se le imputaban por el concepto de IRPF, como no liquidadas en su momento a Hacienda, ya lo habían sido por el concepto de Impuesto de Sociedades y contabilizadas en los balances de otras dos sociedades, Prycote S.A. y Viviendas Sirio, que habían percibido los correspondientes ingresos, y por tratarse de reconocimientos de deuda ficticio que no tuvo reflejo en su contabilidad.

También esta motivación debe ser desestimada, ante todo porque viene referida al procedimiento de liquidación tributaria, al que, como bien se dice en la sentencia recurrida, no es extendible la garantía del art. 24.2.CE, que únicamente es aplicable en el sancionador. (...) Y en último lugar, porque aunque se entendiera relacionable con el procedimiento sancionador, consta en las actuaciones procesales sustanciadas ante el Tribunal de la Instancia, que la parte actora no incluyó en su escrito de proposición de prueba, la solicitud de que la Sala reclamara a la Audiencia Nacional, una vez concluido el proceso penal, el testimonio de particulares sobre aquellos hechos, anteriormente solicitada y denegada por la jurisdicción penal, al poder afectar la entrega de tales documentos a otro procesado en la causa penal entonces pendiente.(...))». (FD 7º)

La simple denegación de unos medios de prueba acordada por el instructor de un procedimiento disciplinario no es actuación impugnabile, ni con carácter general, ni por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de febrero de 2012 (RCIL 56/2010)]:

« (...) A juicio de la Sala, la interpretación seguida por la de Oviedo es equivocada porque no cabe sostener que actos de la naturaleza del impugnado por el Sr. Feito Blanco sean susceptibles de producir por sí mismos lesiones en los derechos de los administrados que exijan considerarlos como actos de trámite cualificados. En efecto, la inadmisión de parte de las pruebas propuestas no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, desde luego no impide la continuación del procedimiento ni tiene por qué producir indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos, como quiere el artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción para admitir la impugnación separada de los actos de trámite cualificados.

Ha de repararse en que el recurso jurisdiccional se ha dirigido contra un acto de instrucción de un procedimiento en curso cuyo final cuando se interpone el recurso se desconoce, sencillamente porque no ha terminado del mismo modo que se desconoce, por la misma razón, la medida en que podría incidir en él la falta de las pruebas inadmitidas. Pruebas, por lo demás, cuya relevancia no se estableció en su momento. En estas condiciones, caracterizadas por la concurrencia, no de certezas, sino de hipótesis de incierta confirmación sin que se haya producido consecuencia real alguna para el interesado, no puede tenerse al acto recurrido por uno de los de trámite susceptibles de recurso, conforme al citado artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Ahora bien, tal como apunta el Ministerio Fiscal, esta conclusión resulta sin dificultad de este precepto y de la jurisprudencia que lo ha interpretado. Por tanto, ateniéndonos a los criterios sentados con anterioridad por la Sala para supuestos de este tipo, no procede dar lugar a este recurso de casación en interés de la Ley, precisamente, por ser evidente que la simple denegación de unos medios de prueba acordada por el instructor de un procedimiento disciplinario no es actuación impugnabile.

Y no siéndolo con carácter general tampoco lo será por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.» (FD 5º)

II.28.- DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO DECLARARSE CULPABLE (ART. 24.2 CE)

II.28.- DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ART. 24.2 CE)

Es compatible con la aplicación de medidas cautelares [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de mayo de 2012 (RC-A 251/2011); 13 de diciembre de 2010 (RC 3376/2008) –FD 4º-]:

« (...) la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso (STC núm. 108/1984, de 26 de noviembre, [F. 2º]). Ahora bien, la

suspensión en el presente recurso es una medida cautelar, de carácter provisional, prevista en la legislación vigente; la resolución en que se acuerda tal medida tiene suficiente motivación, y no puede calificarse de desproporcionado o irrazonable, pues, como dice el Ministerio Fiscal, la consecuencia de mayor gravedad es la limitación de percepción de sueldo (art. 49.1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles [RCL 1964\348 y NDL 14563]), y ésta sería fácilmente reparable si finalmente no se impusiese sanción disciplinaria. Por todo ello, no puede afirmarse que la suspensión provisional decretada vulnere el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución”» (FD 6º)

La presunción de inocencia no resulta lesionada por una resolución que se limita a iniciar el procedimiento disciplinario [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de diciembre de 2011 (RC 900/2010) –FD 7º-; 22 de noviembre de 2011 (RC 2552/2010) –FD 8º-]

Tampoco resulta vulnerada por la resolución que se limita a iniciar el procedimiento sancionador y a adoptar medida provisional [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 13 de diciembre de 2010 (RC 3376/2008) –FD 4º-]

II.29.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD DE INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ART. 25.1 CE)

Derecho a la legalidad sancionadora: comprende el de no ser castigado por hechos que no hayan sido previamente tipificados por la Ley como infracción y, también, el de no seguir sufriendo los efectos de esas sanciones cuando han quedado desprovistas de fundamento: Vulneración como consecuencia de la inaplicación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad previstos en el artículo 40.1 LOTC [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 30 de diciembre de 2009 (RC 2/2003)]:

« (...) A la vista de lo expuesto se impone la conclusión de que la actuación de la Administración afectó al derecho fundamental a la legalidad de las sanciones que reconoce el artículo 25 de la Constitución, no porque las impusiera a la recurrente sino porque no extrajo las consecuencias procedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional. Consecuencias que, al menos, eran las siguientes: de un lado, que el recargo contemplado en el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria y aplicado a la recurrente en las liquidaciones reseñadas, era, en realidad, una sanción; de otro lado, que, efectivamente, declarado nulo por inconstitucional ese precepto, tales recargos/sanciones quedaron sin la imprescindible cobertura legal; y, además, que, por tratarse de sanciones, declarada inconstitucional la Ley que las contemplaba debía aplicarse el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tanto a los actos que habían sido objeto de recursos ordinarios como a los que fueron consentidos.

Por tanto, ni la firmeza de estos últimos, ni la pendencia de otros procesos ordinarios era óbice para que la Sala de Valencia entrara a conocer de unos actos administrativos que, en tanto rechazaron aplicar las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, mantuvieron los efectos de unas sanciones carentes de fundamento legal. Tal proceder administrativo ni puede considerarse de trámite, ni reducirse las cuestiones planteadas por la recurrente a la mera legalidad. Por el contrario, surtieron directamente efectos restrictivos de derechos --el mantenimiento de las sanciones-- y afectaron al derecho fundamental

reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución a la legalidad sancionadora que comprende no sólo el de no ser castigado por hechos que no hayan sido previamente tipificados por la Ley como infracción sino, también, el de no seguir sufriendo los efectos de esas sanciones cuando han quedado desprovistas de fundamento.

Esta idea está presente en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este precepto dispone:

"Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad".

Por eso, la sentencia constitucional 276/2000, al igual que la 312/2000, que se remite a ella, insisten en que la declaración de inconstitucionalidad se hace con los efectos previstos en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Tal como dicen las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, de la sentencia 276/2000 resulta la exclusión de la responsabilidad de Hilaturas y Tejidos de Levante S.A. que motivó la imposición de los recargos. Es cierto que en los casos por ellas contemplados se combatían actuaciones no firmes de la Administración Tributaria ya que habían sido impugnadas judicialmente. No obstante, si el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuando se trata de penas o sanciones, prevalece sobre procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, también debe prevalecer frente a los actos administrativos que, por no haber sido recurridos, causaron estado.

No es obstáculo a ello lo que, en sentido contrario, afirman las sentencias del Tribunal Constitucional 54/2002, 195/1994 y 45/1989 porque en los casos que contemplaban no se trataba de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal que previera una sanción. Por el contrario, ha de aplicarse el principio de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, conforme al artículo 9.3 de la Constitución ya que pugna con él y con el principio de seguridad jurídica que afirma ese mismo precepto el mantenimiento de una sanción impuesta en virtud de una norma declarada inconstitucional.

Todo lo anterior significa, como hemos dicho antes, que ni la firmeza de los actos administrativos era obstáculo a la revisión solicitada por la recurrente ni era de mera legalidad la cuestión suscitada en el proceso sino que implicaba el respeto al derecho a la legalidad sancionadora en el sentido que se ha explicado. Por tanto, han de prosperar los motivos de fondo del recurso de casación» (FD 10º)

Principio de tipicidad. Impone la sujeción estricta de los órganos sancionadores a los términos literales de la norma que describe la infracción y señala la sanción correspondiente, impidiendo la sanción por comportamientos no previstos en la norma pero similares a los que allí se contemplan [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de enero de 2009 (RC 1758/2007)]:

« (...) Bajo esa panorámica el motivo debe ser estimado, pues en las alegaciones del demandante que apoyaban su inicial invocación del principio de tipicidad, ínsito en el de legalidad del art. 25.1 de la CE, había desde luego un planteamiento que justificaba que se entrara a conocer de dicha motivación, incluso dentro de los límites procesales propios del amparo judicial de los arts. 114 sgs. de la Ley JCA, e incluso para entender que se había inaplicado una doctrina constitucional que era adecuada a los términos en que este aspecto del litigio venía suscitado.

Y esto es así porque los hechos determinantes de la segunda sanción, y sobre los que se centra este motivo, según la resolución administrativa consistían esencialmente en el pago hecho a la gestoría Hispamer y a la denominada Grupo 56 por facilitar clientes.

La tipificación de estos hechos la realizó la Administración bajo el art. 43.Dos.2.A.g) de la Ley 14/2000, que literalmente dice: <<la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan>>. Precepto que completa acudiendo al apartado 7 de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 8/1989, de 13 de Abril, sobre tasas y precios públicos que señala que <<el importe de los aranceles queda afectado a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como a su retribución profesional>>. Lo que según el órgano sancionador no permite el uso de los aranceles para retribuir intermediarios. Tipificación que admite la sentencia, con lo que desconoce la doctrina constitucional aplicable, ya que como hace notar el Fiscal en sus alegaciones casacionales, de las actuaciones resulta (afirmaciones del recurrente en su escrito de interposición de la casación) que el importe de los aranceles se había de cobrar íntegramente a las personas a las que se refería la actuación del gestor y no a Hispamer o al Grupo Euro 56. El pago de las comisiones por conseguir clientes, se hacía con dinero que había ingresado la Notaria a consecuencia de operaciones escrituradas, facilitadas por dichas gestoras, pero no era una cantidad segregada de cada factura, que viniera a constituir un crédito directo de la gestoría contra la persona interviniente, que era su particular cliente, y que, en definitiva, hubiera de disminuir el arancel. Se podrá decir, según luego se verá cuando este Tribunal al asumir la competencia decisoria sobre el inicial recurso conforme al art. 95,2,d) -Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, realice el enjuiciamiento del pleito en los términos en que fue interpuesto, que el Notario con su conducta había perdido su imparcialidad e independencia, incurriendo en la infracción grave del art. 43,Dos.2.B.c) de dicha Ley 14/2000, pero no que haya incurrido en la del art. 43.Dos.2.A.g), por haber percibido aranceles con infracción de las disposiciones por las que se rigen. Solo a través de una interpretación extensiva y que desborda los límites de la literalidad del último de los preceptos tipificadores citados, puede llegarse al establecimiento de las sanciones en este hecho segundo, en la forma en que lo efectuó la Administración. Lo que en conclusión supone que se había infringido el principio de tipicidad, incluido en el de legalidad del art. 25.1 de la Constitución». (FD 5º)

El mecanismo de subsunción de una eventual conducta infractora y la correcta aplicación de la norma sancionadora a la misma son cuestiones que no rebasan los límites de la legalidad ordinaria [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 26 de julio de 2012 (RC 2743/2010) –FD 4º-].

Principio de legalidad de las infracciones administrativas: publicidad de las normas sancionadoras. No exige que las normas que integran el régimen sancionador de federaciones deportivas se publiquen en el diario oficial

correspondiente en cuanto tienen por destinatarios a quienes libremente han querido federarse. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de noviembre de 2010 (RC 4943/2009) –FD 7º y 8º-].

Incoación por Comunidad Autónoma de expediente sancionador a titulares de emisoras de radio/televisión que emiten sin el preceptivo título habilitante y adopción de medida provisional consistente en cese de la actividad presuntamente infractora. Inexistente vulneración del principio de legalidad al ostentar las Comunidades Autónomas competencia sobre la materia [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 13 de diciembre de 2010 (RC 3376/2008) –FD 4º-].

Principio non bis in idem. Opera exclusivamente cuando se ha producido una duplicidad de sanciones y concurre la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 4 de marzo de 2009 (RC 4601/2007)]:

« (...) Tal afirmación conlleva inevitablemente que si esta persona no fue enjuiciada ni, en consecuencia, recayó sentencia alguna, ni condenatoria ni absolutoria, por los hechos que ahora interesan, no había doble pronunciamiento sancionador sobre aquellos, pues la lectura de las actuaciones lo que permite advertir es que la única actuación de valoración de tales hechos ha tenido lugar de modo exclusivo en el expediente administrativo sancionador, que finalizó con la resolución que apreció una infracción tributaria grave y le impuso una sanción por la misma porque, como se ha anticipado, el Tribunal Penal no pudo entrar en el conocimiento de unos hechos sobre los que no se formuló acusación definitiva.» (FD 5º).

Principio de taxatividad: Exige que los destinatarios de la norma puedan predecir cuáles son las sanciones correspondientes a las infracciones que puedan cometer [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de enero de 2009 (RC 1758/2007)]:

« (...) La Ley 14/2000 que establece el régimen Disciplinario de los Notarios dispone listados diferentes de infracciones muy graves, graves y leves. En cuanto a las sanciones establece un listado general que va desde la de apercibimiento, multa, suspensión del derecho a licencia y ausencia hasta dos años, postergación en la antigüedad en la carrera de un puesto o cinco en la clase, traslado forzoso, suspensión de funciones hasta cinco años y separación del servicio. Dice luego cual es la concreta sanción que corresponde a cada categoría de infracción, y fija los criterios para la graduación de la sanción que se imponga. (...)». (FD 6º)

Principio de proporcionalidad. Exige la ponderación de las circunstancias concurrentes a la hora de escoger la concreta sanción de entre las previstas en el tipo [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de enero de 2009 (RC 1758/2007)]:

« (...) Ciertamente, la Resolución se refiere, al graduar la sanción, a la independencia e imparcialidad, pero, por un lado, no son las únicas circunstancias que se tienen en cuenta para efectuar la graduación de la sanción -se aprecian también la intencionalidad y la reiteración-, y por otro lado, lo que se está valorando al graduar la sanción es el grado de afectación de los valores de independencia e imparcialidad en la función pública notarial, ya que para la infracción basta cualquier afectación de estos valores, pero las distintas conductas pueden afectarlos más o menos, y este grado de afectación es lo que se pondera al graduar la sanción.

Es de tener en cuenta que se dispone en la Ley 14/2000 que: <<Las sanciones se graduarán atendiendo en cada caso concreto, esencialmente, a la trascendencia que para la prestación de la función notarial tenga la infracción cometida; la existencia de intencionalidad o reiteración y la entidad de los perjuicios ocasionados>>. Es la trascendencia que para la prestación de la función notarial tenga la infracción cometida, en el grado de afectación de la independencia e imparcialidad, lo que se está valorando al graduar la sanción.

En definitiva se observa que para la tipificación de la infracción se exige una afectación del bien jurídico protegido, y para la determinación concreta de la sanción imponible se pondera el nivel de perjuicio que ese bien jurídico ha padecido con la acción realizada. Se contemplan dos aspectos diferentes. Esto no solo no supone desconocer el principio de proporcionalidad, sino que constituye su cabal cumplimiento». (FD 7º)

II.30.- REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL DE QUIENES SUFREN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ART. 25.2 CE)

Este inciso del artículo 25.2 de la CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 19 de diciembre de 2011 (RC 6780/2009) –FD 1º y 5º-; 24 de octubre de 2011 (RC 6830/2009) –FD 4º-; 27 de junio de 2011 (RC 3978/2010) –FD 4º-; 8 de febrero de 2010 (RC 3802/2008) –FD 5º-; 19 de octubre de 2009 (RC 902/2007) –FD 6º-].

II.31.- DERECHO A LA EDUCACIÓN (ART. 27 CE)

Los contenidos de la asignatura Educación para la ciudadanía no entrañan una infracción de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución [[STS, Sala 3ª, Pleno, 11 de febrero de 2009 (RC 948; 949 y 1013 de 2008); STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de septiembre de 2011 (RC 3783/2010) –FD 3º y 4º-; 24 de junio de 2011 (RC 3632/2010) –FD 3º y 4º-; 9 de junio de 2011 (RC 3803/2010); 2 de junio de 2011 (RC 457/2010); 26 de mayo de 2011 (RC 3473/2010); 19 de mayo de 2011 (RC 3905/2010); 12 de mayo de 2011 (RC 3614/2010); 5 de mayo de 2011 (RC 3602/2010); 28 de abril de 2011 (RC 3627/2010); 14 de abril de 2011 (RC 3716/2010); 7 de abril de 2011 (RC 3820/2010); 31 de marzo de 2011 (RC 3808/2010); 24 de marzo de 2011 (RC 3812/2010) y 3 de marzo de 2011 (RC 881/2010); 14 de enero de 2010 (RC 6155/2008) –FD 3º-] [Cfr. Libertad ideológica.](#)

El artículo 27.3 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo frente a una ninguna asignatura ni, en particular, frente a las conocidas como Educación para la Ciudadanía. [STS, Sala 3ª, Pleno, 11 de febrero de 2009 (RC 948; 949 y 1013 de 2008) –FD 7º-]. [Cfr. Objeción de conciencia](#)

Derecho fundamental a la educación de niños con necesidades educativas especiales: su posición de desigualdad de partida les hace acreedores de una

respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus particulares necesidades [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de mayo de 2011 (RC 603/2010)]:

« (...) Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad.» (FD 8º)

Derecho a la educación: libertad de elección de centro. De tales derechos no deriva el de obtener plaza en un centro concertado determinado y que éste deba ver aceptadas sus solicitudes de concierto prescindiendo de los criterios, no arbitrarios ni discriminatorios, sentados por la Administración al respecto encaminados a una gestión ordenada de los recursos destinados a la enseñanza concertada. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 25 de octubre de 2010 (RC 4226/2009) –FD 6º-]

II.32.- LIBERTAD SINDICAL (ART. 28.1 CE)

II.32.-1.- Principio de igualdad de trato entre Sindicatos

II.32.-1.1.- Doctrina general

Principio de igualdad de trato entre Sindicatos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de febrero de 2011 (RC 2980/2009)]:

« (...) Al analizar este motivo interesa recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional –por todas sentencias 228/1992, de 14 de diciembre (F.J 3º) y las que en ella se citan- reiteradamente ha declarado que <<en el derecho de libertad sindical está implícita la exigencia de igualdad entre los diferentes Sindicatos y la prohibición de los poderes públicos a efectos de no alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical; por lo que si se plantea un problema de igualdad, lo que habrá de verse es si la diferencia de trato está o no justificada. Por tanto, la consideración conjunta del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad entre organizaciones sindicales, o, si se quiere, la subsunción del segundo en el primero, es un

criterio que aparece como forzada consecuencia de lo dicho, y, efectivamente, ha sido el seguido por este Tribunal a partir de su STC 53/1982, de conformidad, por otra parte, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación con el principio de igualdad de trato, inserto en el derecho de libertad sindical, este Tribunal ha afirmado [SSTC 39/1986 y 7/1990, entre otras] que los Sindicatos pueden recibir determinadas facultades de los poderes públicos y que es posible introducir diferencias entre los Sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, siempre que el criterio utilizado para diferenciar a unos y otros sea objetivo, y la distinción establecida no pueda estimarse como arbitraria por ser proporcionada y razonable a la finalidad constitucionalmente legítima perseguida». (FD 8º)

II.32.-1.2.- Sindicatos más representativos

II.32.-1.2.1.- Validez constitucional del trato desigual: función de representación o participación institucional

•Validez constitucional del trato desigual otorgado a los sindicatos que tengan una mayor representatividad en función de los resultados que hayan obtenido en las elecciones a los órganos de representación [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de junio de 2010 (RC 166/2007); 7 de julio de 2010 (RC 4205/2008) –FD 5º y 6º-]:

« (...) Por lo que hace a la doctrina sobre la validez de la mayor representatividad sindical y a su alcance, debe decirse que se encuentra no sólo en esa STC núm. 188/1995, de 18 de diciembre, sino en la posterior STC núm. 147/2001, de 26 de julio de 2001, cuyo fundamento jurídico tercero se expresa así:

"(...) La libertad sindical se encuentra reconocida en el art. 28.1 CE, el cual establece que todos tienen derecho a sindicarse libremente y que dicha libertad comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección sin que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato. Por su parte, el art. 7 CE establece que los sindicatos de los trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, añadiendo que su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley, y que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

La Constitución reconoce, por tanto, la libertad de creación de sindicatos y la libertad de éstos en el ejercicio de su actividad, sin que las Administraciones públicas puedan interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a algún sindicato de modo arbitrario o irrazonable (STC 23/1983, 25 Mar., FJ 2; STC 99/1983, de 14 Dic., FJ 2; STC 20/1985, 14 Feb., FJ 2; STC 7/1990, de 18 Ene., FJ 2; STC 217/1991, de 17 Dic., FJ 3, o 191/1998, de 29 Sep., FJ 4), produciéndose la discriminación proscrita cuando «la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 20/1985, de 14 Feb., FJ 2, y STC 75/1992, de 14 May., FJ 4); debiendo valorarse la proporcionalidad de una medida en directa relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella (SSTC 263/1994, de 3 Oct., y STC 188/1995, de 18 Dic.).

Este principio de igualdad entre organizaciones sindicales, que se acoge en la Constitución Española, ha llevado a este Tribunal, desde la STC 53/1982, de 22 Jul., a considerar aconsejable la interpretación conjunta de los arts 14 y 28.1 CE cuando la desigualdad de trato incide sobre el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical. Es coincidente con este examen conjunto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 27 Oct. 1975 --caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga-- y de 6 Ago. 1976 --caso del Sindicato sueco de conductores de locomotoras).

Este principio de igualdad de trato, connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical, no empece que, en determinadas ocasiones y para determinadas funciones, este Tribunal haya admitido un trato desigual a los sindicatos que no vulnera el art. 14 CE cuando está basado en el criterio de la mayor representatividad. Entre otras razones, porque se trata de un criterio que arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación de trabajadores y funcionarios (por todas, SSTC 98/1985, de 29 Jul.; 7/1990, de 18 Ene.; 32/1990, de 26 Feb.; 75/1992, de 14 May.; 67/1995, de 9 May., y 188/1995, de 18 Dic.) y porque la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE), finalidades también necesitadas de atención, pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato (SSTC 98/1985, de 29 Jul., y 75/1992, de 14 May.) y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el art. 28.1 CE (SSTC 53/1982, de 22 Jul., 65/1982, de 10 Nov., 98/1985, de 29 Jul., 7/1990, de 18 Ene., y 75/1992, de 14 May.). Diferencias de trato entre los sindicatos que, como también se ha dicho y en el marco de un problema de límites, tienen, no obstante, que cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad (SSTC 7/1990, de 18 Ene., y 188/1995, de 18 Dic.).

El concepto de mayor representatividad es, por tanto, un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido. Ahora bien, ello no significa que cualquier regulación apoyada en el mismo haya de reputarse como constitucionalmente legítima (SSTC 9/1986, de 21 Ene., y 7/1990, de 18 Ene.), pues ha de reunir, además, los restantes requisitos exigibles y, singularmente, el de proporcionalidad. Requisitos muy determinados por la finalidad y efectos de la medida considerada y que han llevado a considerar conforme con las exigencias constitucionales algunas facultades de las que tan sólo gozan los sindicatos más representativos.

Así, en coherencia con el origen del concepto de representatividad, consignado en el art. 3.5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el criterio de la mayor representatividad se considera objetivo y razonable para establecer la participación de los representantes de los trabajadores en los organismos internacionales y desarrollar tareas de representación institucional (Informe 36, caso núm. 190, párrafo 195 del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT y SSTC 53/1982, de 22 Jul., y 65/1982, de 10 Nov.) y constituye un criterio válido para constatar la significación de las organizaciones que aspiren a desarrollar actividades que produzcan efectos más allá de sus afiliados, como la negociación colectiva de eficacia general (SSTC 73/1984, de 27 Jun., 98/1985, de 29 Jul.). Asimismo, otras facultades de las organizaciones más representativas, tales como la posibilidad de promover elecciones sindicales (STC 164/1993, de 18 May.), gozar del derecho de excedencia forzosa para los trabajadores que desempeñen cargos sindicales (STC 263/1994, de 3 Oct.) o contar con delegados sindicales en determinadas condiciones (STC 188/1995, de 18 Dic.), también se han declarado justificadas por este Tribunal y no lesivas del derecho de libertad sindical.

Pero la mayor representatividad exige la correspondencia entre la conformación técnica de la representatividad y el tipo de función sindical, el nivel de ejercicio o las características de los intereses colectivos en juego, sin que pueda emplearse con cualquier propósito, de suerte que no toda utilización que de ella se haga es constitucionalmente aceptable, y no lo es aquella que utiliza los criterios selectivos para establecer un trato diferente respecto de materias que no guardan ninguna relación con ellos (SSTC 9/1986, de 21 Ene., FJ 3, y 7/1990, de 18 Ene., FJ 2).

De ahí, por ejemplo, que este Tribunal haya considerado improcedente la utilización del criterio de la mayor representatividad como regla para excluir a sindicatos que no son más representativos pero que, sin embargo, están implantados en un ámbito concreto (por ejemplo, SSTC 184/1987, de 18 Nov., y 217/1988, de 21 Nov.). De este modo, es razonable que se asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales y del conjunto de los trabajadores y que se examine en cada caso la finalidad de la norma o de la representación institucional (como ocurrió en las SSTC 7/1990, de 18 Ene., 32/1990, de 26 Feb., y 183/1992, de 16 Nov.).

La tensión entre el principio de igualdad de trato entre los sindicatos y la promoción de algunos de ellos en virtud de los criterios objetivos antes expuestos, también se ha manifestado en materia de subvenciones a centrales sindicales. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha declarado que los diversos sistemas de subvenciones a las organizaciones de trabajadores producen consecuencias

diferentes según la forma que revistan, el espíritu conforme al que hayan sido concebidas y aplicadas, y la medida en que tales subvenciones se concedan, en virtud de textos legales precisos o dependan exclusivamente de la discreción de los poderes públicos, precisando que las repercusiones que dicha ayuda financiera tenga sobre la autonomía de las organizaciones sindicales dependerán esencialmente de las circunstancias, sin que puedan ser apreciadas a la luz de principios generales, al tratarse de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso y habida cuenta de las circunstancias de ese caso (Informe 19, caso núm. 121, párrafo 180, e Informe 75, caso núm. 341, párrafo 101).

Este Tribunal tuvo ocasión de abordar el problema en las SSTC 20/1985, de 14 Feb., 26/1985, de 22 Feb., y en la 72/1985, de 13 Jun., en un supuesto donde la Ley de Presupuestos otorgaba la totalidad de la subvención a los sindicatos más representativos y excluía de las subvenciones a centrales sindicales minoritarias que, sin embargo, habían obtenido suficiente número de representantes sindicales como para participar en negociaciones de convenios colectivos en ámbitos provinciales e, incluso, nacionales en determinadas ramas de la producción. En ellas se declaraba que conculca la libertad sindical el criterio de la mayor representatividad como criterio exclusivo y excluyente para determinar el acceso de las organizaciones sindicales a unas subvenciones públicas cuya finalidad era susceptible de incardinarse dentro de los fines de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que se atribuyen por la Constitución Española a todos los sindicatos sin distinción. Y ello, porque este tipo de subvenciones tiene incidencia en el orden competitivo entre los sindicatos, de modo que si fueren destinadas en exclusiva a los situados en el vértice según los resultados en las elecciones, situaría a éstos en una posición superior a los demás para ofrecer mejores servicios a los trabajadores, más allá de los medios propios de que dispongan y de cualquier criterio que tome en consideración la proporcionalidad de los resultados de las elecciones o los costes que puede suponerles la participación en el ejercicio de funciones públicas o cualquier otro extremo que se justifique como no discriminatorio, produciéndose, además, una inducción o presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a determinados sindicatos".» (FD 4º)

II.32.-1.2.2.- Infracción del derecho a la libertad sindical

• **Imposibilidad de limitar a los sindicatos más representativos la intervención en materias no incluidas en la llamada representación o participación institucional, como son el acceso a las subvenciones para actividades de formación, ayudas y otras análogas.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de octubre de 2012 (RC 816/2011); 5 de marzo de 2010 (RC 453/2008) –FD 1º-; 21 de octubre de 2009 (RC 1292/2008) –FD 4º-]:

«(...) La cuestión debatida en este proceso se halla más próxima a aquellos otros relacionados con la intervención sindical en la formación continuada de los trabajadores mediante su acceso a subvenciones dirigidas a ese fin o en la gestión de residencias de descanso [sentencia de 13 de junio de 2005 (casación 6170/2000)], ámbitos estos en los que venimos afirmando que no es acorde con los derechos a la libertad sindical y a la igualdad reservarlos a los que tienen la condición de más representativos de acuerdo con la Ley Orgánica 11/1985 [sentencia de 16 de julio de 2012 (casación 2457/2011) y las que en ella se citan]. En efecto, la iniciativa y la información contempladas en el Real Decreto 1698/2011 no guardan relación con los cometidos que el artículo 6.3 de esa Ley Orgánica reserva a los sindicatos más representativos: no es esta la sede de una representación institucional, ni implica negociación alguna, tampoco guarda analogía con la intervención en la solución extrajudicial de conflictos ni con la promoción de elecciones sindicales. En realidad, no implica capacidad de decisión distinta de la poner en marcha la fase previa de un procedimiento sobre el que solamente la Administración tiene facultades resolutorias a las cuales queda, por tanto, supeditada la suerte del mismo y en el que lo único que se garantiza a los promotores es la recepción de informes y estudios o la

comunicación de que hay que modificar, conforme a la normativa vigente, las condiciones de trabajo. (...) En estas circunstancias no es, pues, equivocado concluir que la limitación de la iniciativa sí puede incidir, como dice el Ministerio Fiscal, en la competición sindical induciendo a la afiliación a las organizaciones que poseen el requisito controvertido. Y, en suma, considerando el alcance de la restricción impugnada desde la perspectiva conjunta que ofrecen los derechos a la libertad sindical y a la igualdad, perspectiva utilizada a este respecto por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 147/2001, habrá que concluir, también, que carece de una justificación objetiva y razonable limitar a los sindicatos más representativos a nivel estatal la iniciativa del procedimiento regulado en el Real Decreto 1698/2011 y las consecuencias que esa disposición apareja a la misma.» (FD 7º)

•**En el mismo sentido** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de julio de 2012 (RC 2457/2011)]:

« (...) En efecto, la jurisprudencia viene distinguiendo (...) entre la posición que a los sindicatos más representativos corresponde en todo aquello que hace a su faceta institucional y la que ostentan en otros planos. En particular, se ha preocupado esa jurisprudencia por afirmar que, en materia de subvenciones para actividades de formación y en otras análogas, no cabe excluir como posibles beneficiarios de las mismas a los sindicatos que no tienen la condición de más representativos [sentencia del Tribunal Constitucional 147/2001 y las que en ella se citan y la del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 (casación 1997/2009) y las que en ella se citan]. (...). No cabe, en consecuencia, considerar justificada a los efectos indicados, la diferencia basada en el tamaño ni es posible deducir de ella, sin más, mayor o menor solvencia.(...)» (FD 5º)

II.32.-1.3.- Derecho a no ser discriminado por razón de la afiliación sindical, actividad u opinión sindical. Tutela antidiscriminatoria

II.32.1.3.1.- Inversión de la carga de la prueba

[STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 6 de marzo de 2012 (RC 3691/2010); 3 de febrero de 2011 (RC 2980/2009) –FD 6º-; 18 de marzo de 2009 (RC 879/2007) –FD 6º-]:

« (...) En cuanto a la alegada existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical, se hace preciso partir de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 2/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero (Recurso de Amparo nº 4319/2005) –F.J. 3º-, acerca de 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 pueden lesionarlo:

<< (...) 3. Situados, así, los términos del debate constitucional suscitado, y centrándonos en la vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), conviene recordar que, ya desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos reconocido la necesidad de articular garantías a fin de preservar de cualquier injerencia u obstáculo el ejercicio de la libertad sindical. Entre ellas figura la garantía de indemnidad, que integra 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; menoscabo que se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (entre otras muchas, SSTC 137/2008, de 27 de octubre, F. 2; 200/2007, de 24 de septiembre, F. 2; 257/2007, de 17 de diciembre, F. 2; 183/2007, de 10 de septiembre, F. 4; 168/2006, de 5 de junio, F. 4; y 17/2005, de 1 de febrero, F. 2).

Para la determinación de si la medida acordada por la empresa, en este caso el despido, responde a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es preciso partir, una vez más, de la doctrina sentada por este Tribunal acerca de 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. En efecto, 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 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 (por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre, F. 4, y 168/2006, de 5 de junio, F. 4).

Por esta razón hemos señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, 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. 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. 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 (por todas, STC 168/2006, de 5 de junio, F. 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 tales indicios (SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, F. 4; 168/2006, de 10 de noviembre, F. 4; 17/2005, de 1 de febrero, F. 3; 74/1998, de 31 de marzo, F. 2; y 29/2002, de 11 de febrero, F. 3, por todas).>>>» (FD 9º)

II.32.-2.- Negociación colectiva

II.32.-2.1.- Doctrina general

- **El derecho a la negociación colectiva aparece integrado en el de libertad sindical como un contenido adicional del mismo, si bien es un derecho fundamental de**

configuración legal: el contenido de ese derecho de negociación colectiva de los sindicatos, como integrante de la libertad sindical del art. 28.1. CE se reconoce <<en los términos que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente>> [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de diciembre de 2009 (RC 5404/2008) –FD 3º-].

- **Es materia encuadrable dentro del ámbito que corresponde al derecho de libertad sindical. La vulneración de las Leyes que determinan qué sindicatos pueden participar en las Mesas que llevan a cabo esa negociación colectiva dentro de la Función Pública también incidirá negativamente sobre aquel derecho fundamental.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 17 de noviembre de 2010 (RC 2372/2009) –FD 5º; 6º y 7º-].

II.32.-2. 2.- Derecho a formar parte de los órganos de negociación

- **El derecho de los sindicatos a integrarse en los órganos de negociación, en función de la representatividad obtenida en las unidades electorales correspondientes al ámbito de negociación de aquéllos, resulta directamente de lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el Estatuto Básico del Empleado Público y por ello no puede limitarse, o negarse, a los sindicatos dicha legitimación en virtud de normativa de inferior rango, ni de Acuerdos en los que aquéllos no hayan participado.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de febrero de 2012 (RC 2163/2011) –FD 7º-].

- **La irradiación en el sentido de los artículos 6.2.b) y 7.1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en modo alguno puede convertirse en un medio de exclusión de sindicatos representativos con derecho a participar en la negociación colectiva** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de febrero de 2012 (RC 2163/2011)]:

« (...) La irradiación en el sentido de los artículos 6.2.b) y 7.1.b) de la LOLS, opera en sentido de extender por irradiación la representatividad del sindicato representativo por sí mismo, a sindicatos que por sí solos no la tendrían.

Es decir, se trata de un mecanismo legal de extensión o ampliación de la representatividad; pero en modo alguno puede convertirse en un medio de exclusión de sindicatos representativos, con derecho a participar en la negociación colectiva en los términos legales expuestos con anterioridad, en el ámbito en que la negociación se desarrolle» (FD 9º)

- **Mesa General de Negociación del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. La representatividad necesaria para formar parte de ella está referida a la totalidad de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de enero de 2011 (RC 1671/2009) –FD 5º-].

- **Cómputo de la representatividad correspondiente a la Mesa General de la Negociación de la Administración General del Estado: no deben ser incluidos los representantes de los funcionarios ya transferidos a las Comunidades Autónomas.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 17 de noviembre de 2010 (RC 2372/2009) –FD 5º-].

• **Acuerdo suscrito entre la Administración y las Organizaciones Sindicales con representación en la Mesa Sectorial de Sanidad en materia de condiciones de trabajo del personal interno residente: Aplicación indebida de la Mesa de negociación al tratarse de personal cuya relación es de carácter laboral. Vulneración del derecho a la libertad sindical** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de mayo de 2010 (RC 4819/2008)]:

« (...) Pues bien, a partir de lo que antecede, ya debe decirse que la vulneración constitucional aquí cuestionada es justificada porque, siendo laboral el personal interno residente, fue indebida la utilización que para la regulación de sus condiciones retributivas se hizo de la negociación colectiva desarrollada por los órganos de representación regulados en la tan repetida Ley 9/1987; y lo fue porque, con esa utilización de un específico mecanismo de negociación colectiva previsto únicamente para el personal funcional, se obvió la estructura de la negociación colectiva laboral que resultaba procedente para dicho personal interno residente y, de esta manera, se privó a SIMAP de poder participar en esta otra clase de negociación colectiva laboral (no funcional) para la que sí tendría legitimación.

No puede ser obstáculo a lo anterior esa habilitación legal de Administración para regular las condiciones retributivas que ha sido invocada, pues eso supone efectivamente el reconocimiento de una potestad administrativa pero que debe ser coherente con las normas que rigen la negociación colectiva. Normas que se traducen en lo siguiente: que si se opta por ejercer esa potestad administrativa de manera negociada, la estructura y el ámbito de dicha negociación habrá de observar las diferentes normas que están establecidas según se trate de negociación colectiva sobre personal funcional o de negociación colectiva sobre personal laboral.» (FD 3º)

II.32.-2.3.- Derecho a la negociación

• **Mesas de Negociación: Pactos y Acuerdos para la determinación de condiciones de trabajo que prevén Comisiones de seguimiento: distinción entre Comisiones de seguimiento y Comisiones con funciones negociadoras** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de julio de 2010 (RC 4205/2008)]:

« (...) Como también debe ser rechazado el séptimo motivo, por ser acertado el razonamiento utilizado por la sentencia recurrida que, con apoyo en la doctrina de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, declara constitucionalmente válida la "Comisión de seguimiento" del artículo 15 del "Pacto" porque los cometidos que tiene atribuidos están referidos únicamente a la administración del "Pacto".

Es decir, lo que viene a declarar la sentencia de instancia es que esos cometidos se circunscriben a la aplicación de lo negociado y, consiguientemente, no comportan la modificación de ese "Pacto" ni la introducción de nuevas reglas, y dicha argumentación es efectivamente conforme con el siguiente criterio expresado por la sentencia de 29 de abril de 1996 (Recurso 2854/1996) de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo:

"La sentencia del Tribunal Constitucional 213/1991, de 11 de Noviembre, siguiendo los criterios de otras anteriores de ese mismo Tribunal, fundamentalmente de la sentencia 184/1991 de 30 de Septiembre, ha declarado:

"La Jurisprudencia de este Tribunal, partiendo de la doctrina establecida en la STC 73/1984, y continuada por las SSTC 9/1986 y 39/1986, ha reconocido que la exclusión de un Sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que no ha firmado ni al que se ha adherido, puede constituir lesión del derecho a la libertad sindical en cuanto que suponga una limitación y un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva, y ello cuando se trata de comisiones "negociadoras", con la función de establecer modificaciones del convenio o nuevas reglas no contenidas en el mismo. Más recientemente la STC 184/1991 ha afirmado que "de esta doctrina constitucional deriva, con toda claridad, que lo decisivo a efectos del límite a la autonomía colectiva, y de la consiguiente protección de la libertad sindical en el establecimiento de "comisiones cerradas" reservadas a las partes del convenio colectivo, es el respeto de la legitimación para negociar legalmente reconocida al Sindicato en base a su representatividad. Lo que se impide a las partes del convenio colectivo es que puedan establecer comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas a ese sindicato. La no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo. Más allá de este límite las partes del convenio colectivo pueden crear, en uso de la autonomía colectiva una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones "ad hoc", en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, como parece entender el Sindicato accionante, a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo".

Esta doctrina ha sido asumida por la Sala IV del Tribunal Supremo en diversas resoluciones, así en sus sentencias de 15 y 21 de Diciembre de 1994. Esta última precisa:

"Este tema ya ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 73/1984 de 27 de Junio y 184/1991 de 30 de Septiembre, distinguiendo entre Comisiones "negociadoras" y meramente "aplicadoras".

Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas -normas- para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata -sigue diciendo- de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé; por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión "negociadora" y que su exclusión atenta al principio de libertad sindical.

Las comisiones "aplicadoras" son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados. En tales supuestos entiende el Tribunal Constitucional que sólo están legitimadas para integrarse en estas Comisiones las partes firmantes del convenio y que la exclusión del Sindicato no pactante no viola su derecho a la libertad sindical".» (FD 7º)

• Relación de Puestos de Trabajo. Necesidad de someterlas a negociación colectiva cuando incide en las condiciones de trabajo de los funcionarios afectados [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 13 de enero de 2011 (RC 2570/2009) –FD 5º-; 19 de julio de 2010 (RC 3157/2009) –FD 5º-; 12 de julio de 2010 (RC 2989/2009) –FD 5º-].

II.32.-3.- Representación o participación institucional

II.32.-3.1.- Función representativa

• **Determinación del número de delegados sindicales: interpretación del artículo 10.2, último párrafo, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical: únicamente aquellas secciones que tengan presencia en el Comité tienen derecho a nombrar un delegado sindical con plenitud de derechos, aunque no hayan superado el 10% de los votos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de junio de 2010 (RC 166/2007)]:**

« (...) Sobre la interpretación que ha de darse al último párrafo del artículo 10.2 de la LOLS, es de reiterar aquí el criterio de la sentencia de 23 de mayo de 1990 de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo, contenido en las siguientes declaraciones:

"Plantea el Banco recurrente como cuestión previa, que reitera en el primer motivo, que el trabajador demandante, en la condición de delegado de sección sindical que invoca, no está en el disfrute de las garantías y derechos del art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS) que la sentencia recurrida la reconoce.

Tal cuestión ha de ser resuelta en el sentido postulado por la parte recurrente, como ya se ha argumentado en la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1989, y de 24 de enero de 1990, y en la del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1989. Con independencia de lo que se dispone en el art. 8.1 de la LOLS, de acuerdo con lo preceptuado en su art. 10.1, sólo cabe reconocer dichas garantías y derechos, a los delegados sindicales elegidos en las secciones que constituyan los trabajadores afiliados a los sindicatos que tengan presencia en los comités de empresa. No es este el caso de la sección sindical constituida en el supuesto de autos por tres trabajadores afiliados a un sindicato que no tiene presencia el comité de empresa demandada, cuya plantilla es de 451 empleados.

El párrafo final del apartado 2 de dicho art. 10, que establece que aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10 % de los votos, estarán representados por un solo delegado sindical, en modo alguno tiene el significado que la sentencia le atribuye, de que toda sección que se constituya, tengan o no los afiliados al correspondiente sindicato presencia en el comité, tiene derecho a elegir un delegado sindical con plenitud de derechos y garantías, en lo que desconoce dicha resolución los criterios interpretativos de las normas jurídicas sentadas en el art. 3.1 del Código Civil, pues tanto en el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, se llega a la conclusión de que está muy lejos del propósito de la LOLS, que cualquier grupo de trabajadores afiliados a un sindicato sin presencia en los órganos de representación en la empresa, pueda elegir delegados que alcancen los derechos, privilegios y garantías que el art. 10.3 citado reconoce sólo a los que han justificado su implantación en la empresa en los términos requeridos. Lo que admite tal párrafo del apartado 2, es únicamente que aquellas secciones que tengan presencia en el Comité (por haber superado las correspondientes listas en las elecciones al mismo el tope mínimo del 5 % a que alude el art. 71 del Estatuto de los Trabajadores), tienen derecho a nombrar un delegado sindical con plenitud de derechos, aunque no hayan superado el 10 % de los votos".» (FD 5º)

• **Participación sindical: facultad de designar un vocal del Consejo Rector del Centro Integral de Formación de Seguridad y Emergencias (CIFSE) del Ayuntamiento de Madrid, órgano docente dedicado a acciones formativas. Esa participación ha de establecerse de acuerdo con la representatividad de los sindicatos llamados a designar los vocales del Consejo Rector. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 15 de noviembre de 2010 (RC 2097/2009) –FD 4º-]**

II.32.-3.2- Cesión temporal del uso de inmuebles

- **Cesión gratuita a un sindicato de un inmueble municipal para la realización de tareas de formación dentro de la actividad sindical ordinaria de esa organización: Obligación de observar el procedimiento establecido a tal fin y justificar el carácter no discriminatorio de la medida en relación con otros sindicatos con igual representatividad** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de marzo de 2009 (RC 3260/2006)]:

« (...) La sentencia, tal como se aprecia en el resumen que de ella hemos hecho en el primero de estos fundamentos, hace descansar en dos razones la estimación del recurso de UGT. De un lado, la ilegalidad del procedimiento seguido para la cesión del uso del inmueble y, de otro, la falta de justificación por el Ayuntamiento del carácter no discriminatorio de la misma.

El primer aspecto es relevante porque habiendo alegado las dos organizaciones sindicales y la corporación municipal la capacidad que la Ley Orgánica 11/1985 reconoce a las que tengan la condición de más representativas para obtener cesiones de uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que legalmente se establezcan, la sentencia deja claro, sin que los recurrentes hayan cuestionado ese extremo, que el cedido no era un bien patrimonial --ni, añadamos, de los pertenecientes al Patrimonio Sindical Acumulado-- sino que tenía carácter demanial. Asimismo, explica que no se siguió el procedimiento legalmente establecido para conceder su uso. Por tanto, no se daban los supuestos para la cesión que, sin embargo, se acordó. Se trata, desde luego, de un aspecto de legalidad ordinaria, pero está directamente relacionado con el derecho de acción sindical tal como lo define el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 11/1985.

Por otro lado, la Sala de Sevilla reprocha al acuerdo municipal, apoyándose la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1983, que no explicase el carácter no discriminatorio del acuerdo. Esto también era relevante porque la condición de sindicato más representativo en los ámbitos estatal y autonómico de UGT le hace gozar, según los artículos 6.3 f) y 7.1 b), párrafo segundo, de la Ley Orgánica 11/1985 de capacidad en todos los niveles para obtener cesiones de inmuebles en las condiciones dichas. Por tanto, a pesar de los resultados de las elecciones sindicales a las que se ha hecho referencia por el Ministerio Fiscal, a UGT le asistía el mismo derecho que a CCOO. De ahí la importancia de la justificación que echa en falta la sentencia.

En fin, su fallo no cierra el paso, al contrario, deja el camino expresamente abierto, a que CCOO y UGT reciban cesiones de uso temporal de inmuebles patrimoniales del Ayuntamiento de Trebujena, siempre que se acuerden conforme a las leyes y no se produzca discriminación». (FD 8º)

II.32.-3.3- Derecho a un crédito de horas retribuido

- **Derecho a un crédito de horas retribuido para el ejercicio de las funciones de representación. Principio de igualdad de trato entre Sindicatos** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de febrero de 2011 (RC 2980/2009)]:

« (...) Al analizar este motivo interesa recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional --por todas sentencias 228/1992, de 14 de diciembre (F.J 3º) y las que en ella se citan- reiteradamente ha declarado que <<en el derecho de libertad sindical está implícita la exigencia de igualdad entre los diferentes Sindicatos y la prohibición de los poderes públicos a efectos de no alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical; por lo que si se plantea un problema de igualdad, lo que habrá de verse es si la diferencia de trato está o

no justificada. Por tanto, la consideración conjunta del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad entre organizaciones sindicales, o, si se quiere, la subsunción del segundo en el primero, es un criterio que aparece como forzada consecuencia de lo dicho, y, efectivamente, ha sido el seguido por este Tribunal a partir de su STC 53/1982, de conformidad, por otra parte, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación con el principio de igualdad de trato, inserto en el derecho de libertad sindical, este Tribunal ha afirmado [SSTC 39/1986 y 7/1990, entre otras] que los Sindicatos pueden recibir determinadas facultades de los poderes públicos y que es posible introducir diferencias entre los Sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, siempre que el criterio utilizado para diferenciar a unos y otros sea objetivo, y la distinción establecida no pueda estimarse como arbitraria por ser proporcionada y razonable a la finalidad constitucionalmente legítima perseguida». (FD 8º)

• **Sindicato policial: derecho a determinados días de exención de servicios para actividad sindical de sus representantes sindicales. Especial exigencia de motivación a la resolución administrativa que limita el referido derecho fundamental** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 21 de diciembre de 2010 (RC 5323/2009)]:

« (...) estamos ante una limitación del ejercicio de un derecho fundamental, concretado en este caso en el pretendido ejercicio del derecho a obtener unos días de exención de servicio por parte de unos funcionarios de policía que son representantes de un determinado sindicato y a los que se les ha reconocido por una resolución de régimen interior del Ministerio correspondiente dicho reconocimiento para la realización de actividades sindicales propias, como eran las de concurrir a asambleas de dicho sindicato, lo que exigía un deber de motivación específico, que no sólo viene establecido por el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992, sino también por el hecho mismo de que, con la resolución administrativa que prohíba el reconocimiento de las exenciones de servicio solicitadas, se está incidiendo para limitarlo en el ejercicio de dicho derecho, lo que, a su vez, conlleva unas exigencias de justificación en términos de proporcionalidad de la medida adoptada que, no se han producido en el caso analizado.

Comparte esta Sala las alegaciones del Fiscal cuando entiende que aún cuando las razones de servicio invocadas pudieran ser, razonablemente justificativas de la denegación acordada, no es posible utilizar un modelo general para todas y cada una de las solicitudes cursadas, pues, como destaca la sentencia impugnada, las plantillas de procedencia de los funcionarios que habrían de acudir a las asambleas convocadas tienen diferente configuración en número de efectivos y de servicios, por lo que, las resoluciones de la DGPCV deberían de haberse individualizado teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada centro de trabajo en donde prestaran servicios los funcionarios-representantes sindicales convocados; el número de los citados a las asambleas, porcentaje de los convocados en relación con los efectivos que quedarán en las comisarías para cubrir los servicios propios de las mismas teniendo en cuenta las vacantes que hubiera y el resto del personal que estuviera disfrutando de las vacaciones etc.» (FD 2º)

• **La condición de representante sindical de un funcionario no le autoriza a incumplir a su conveniencia las obligaciones profesionales que su legal estatuto profesional le impone. Necesaria armonización con las exigencias derivadas del principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de septiembre de 2011 (RC 3923/2005)]:

« (...) La primera consideración procedente es que la acción sindical, en cuanto manifestación de un derecho fundamental (artículo 28 CE), es ciertamente importante, pero su ejercicio necesariamente ha de armonizarse con las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).

Y debe decirse que este principio no tolera disfunciones en el funcionamiento administrativo, pues lo que pone de manifiesto es que los principales protagonistas de la actividad administrativa son los ciudadanos, como titulares y destinatarios que son de esos intereses generales que necesariamente ha de servir toda Administración pública por imperativo constitucional (artículo 103.1); y, consiguientemente, tampoco dicho principio permite que la condición de representante sindical de un funcionario le autorice para incumplir a su conveniencia las obligaciones profesionales que su legal estatuto profesional le impone.

La segunda consideración conveniente, relacionada con la anterior, es que las personas que resultan elegidas miembros de los órganos de representación de los funcionarios (como es la Junta de Personal) tienen, en efecto, reconocido el crédito de horas mensuales que antes regulaba el artículo 11.d) de la Ley 7/1987 y actualmente el artículo 41.1.d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (hasta el máximo de las cuarenta que en esos preceptos se establecen), pero esto no les dispensa de otras obligaciones: la de asistir a sus puestos de trabajo durante las horas restantes que excedan de ese crédito hasta el límite de la jornada aplicable; y la de comunicar anticipadamente a la Administración la concreta manera de utilizar ese crédito, con el fin de que por esta puedan tomarse las medidas adecuadas para evitar perturbaciones o disfunciones en el funcionamiento de los servicios públicos.

La tercera consideración que ha de hacerse es que la Administración es ajena a cualquier pacto o acuerdo que sin su presencia o intervención haya sido establecido entre dos o más sindicatos para acumular el crédito horario correspondiente a sus miembros elegidos para los órganos de representación.

Por lo cual, en caso de existir tales pactos y de resultar a causa de ellos liberado alguno de los representantes elegidos, son esos sindicatos y las personas que resulten liberadas quienes tienen la carga de comunicar y justificar esos hechos a la Administración. (...)» (FD 6º)

II.33.- DERECHO DE HUELGA (ART. 28.2 CE)

II.33.-1.- Servicios esenciales

II.33.1.1.- Concepto

• **La expresión servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011); 9 de julio de 2012 (RC 4833/2011)]:

«La noción de servicios esenciales se refiere, antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción se dirige la

prestación, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Esta última óptica, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspiran nuestra Constitución. Con la consecuencia de que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que así lo requiera, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma. De esta forma la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.» (FD 7º)

II.33.1.2.- Naturaleza

• **La necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad opera como límite al derecho fundamental de huelga** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011)]:

« (...) El derecho fundamental de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad.» (FD 7º)

II.33.1.3.- Casuística

• **La recogida y el tratamiento de los residuos sólidos urbanos es una actividad esencial a efectos del ejercicio del derecho a la huelga** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de julio de 2012 (RC 1452/2011); 10 de octubre de 2011 (RC 2191/2010)].

• **Carácter esencial de la función que realiza el controlador aéreo para la seguridad del tráfico aéreo** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 18 de julio de 2012 (RC 5350/2011)]:

« (...) la función que realiza el controlador no es equiparable a la de otros trabajadores, precisamente por ser esencial para la seguridad del tráfico aéreo, por lo que es posible que en una huelga, un determinado servicio haya de permanecer operativo en su totalidad o en un gran porcentaje, aunque en el sector los servicios mínimos sean solo los indispensables para que el derecho de huelga no quede desvirtuado» (F.D. 3º)

- **Imposibilidad de calificar como esencial un servicio complementario si el principal no lo es (asistencia sanitaria prestada en un centro municipal de natación)** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 4202/2011) –F.D. 4º-, con cita de la de 28 de enero de 2010 (RC 5590/2008) –FD 5º-].
- **El seguimiento de la huelga no resulta incardinable en el concepto de servicio esencial** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 4833/2011) –F.D. 7º-]
- **Intervenciones quirúrgicas: sólo merecen la calificación de esenciales aquellas que no pudieran demorarse atendido el riesgo que implicaría en el paciente.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de septiembre de 2010 (RC 5339/2007 y 6010/2007) –F.D. 6º-]
- **Huelga en Televisión: Emisión de la programación grabada habitual. No puede considerarse como servicio esencial** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de abril de 2010 (RC 4151/2007) –FD 6º-; 24 de febrero de 2010 (RC 1425/2008) –FD 4º-]

II.33.1.4.- Mantenimiento de los servicios esenciales: Establecimiento de servicios mínimos

II.33.1.4.1- Autoridad competente para fijar los servicios mínimos

II.33.1.4.1.1- Doctrina general

- **Ha de tratarse de un órgano de naturaleza política, dotado de la necesaria neutralidad, independencia e imparcialidad, y no un mero órgano de gestión** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de enero de 2012 (RC 1417/2010)]:

« (...) Si se lee con atención la sentencia del Tribunal Constitucional 296/2006 se comprobará que esa imparcialidad la asocia el supremo intérprete de la Constitución a la condición de órgano político y no meramente gestor. Es significativo que en esa sentencia y las 310/2006 y 36/2007 se entablase la controversia sobre este punto porque en los tres supuestos los servicios mínimos habían sido establecidos por el Director Gerente de un Servicio de Salud autonómico y en los tres las respectivas sentencias entendieron que no le correspondía dictarlos porque no podía ser tenido por autoridad gubernativa ya que se trataba de un mero órgano gestor y, por eso, carecía de la necesaria imparcialidad que sí tiene, en cambio, el órgano político. Por eso, dice la primera de estas sentencias:

*"Ha sido una constante de nuestra jurisprudencia el afirmar el papel irrenunciable que a dichas autoridades, en cuanto dotadas de imparcialidad en relación con las partes en conflicto, corresponde en la determinación de las medidas necesarias para el establecimiento de los servicios mínimos (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 193/2006, de 19 de junio, FJ 19 y las allí citadas). Siempre hemos considerado que **la fijación de los mismos no puede abandonarse, de ningún modo, en manos de órganos que no tengan responsabilidad política**, es decir, que no respondan ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, de especial trascendencia para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho, y a la marcha de servicios esenciales para aquélla "(s.n.).*

A continuación, dice que:

"(...) **ese aseguramiento de los servicios esenciales**, que aparece como mecanismo básico de equilibrio entre el sano desarrollo del derecho colectivo de huelga de un grupo de ciudadanos y los intereses de la ciudadanía en general, **debe ser responsabilidad de quienes tienen un mandato de tipo político y, por tanto, responden políticamente**, de una manera directa o indirecta, ante dicha ciudadanía.

Y esto porque **solamente ellos serán capaces de interpretar correctamente las necesidades, no necesariamente confrontadas, que plantean, por un lado, los huelguistas y, por otro, aquéllos a cuyos intereses afecta el ejercicio de este derecho fundamental**. Así, precisamente porque **la exigencia de una apreciación equilibrada de los derechos e intereses en juego requiere la imparcialidad del órgano que establece los servicios mínimos**, esta tarea no puede delegarse en quienes, dada su posición de parte interesada en el conflicto, no están en posición idónea para apreciar todos los aspectos sociales del mismo.

Dicho de otra forma, **se trata de evitar que una decisión tan importante para el ejercicio de un derecho fundamental quede en manos de quien estructuralmente no puede adoptar la posición supra partes que es necesaria para formular las medidas adecuadas que permitan, a la vez, a unos realizar plenamente su derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y a otros tener garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales"** (s.n.).

Y, más tarde, añade:

"Así pues desde fecha muy temprana, la doctrina del Tribunal ha insistido en la **necesidad de que las facultades controvertidas se atribuyan a órganos que podrían denominarse como políticos o de gobierno**, lo que plantea el problema, de solución no siempre fácil, de su diferenciación de los órganos propiamente administrativos. Con tal fin nuestra jurisprudencia identificó desde el primer momento (STC 26/1981, de 17 de julio), como criterio diferenciador definitivo, el de la **responsabilidad política**, que ciertamente no puede ser atribuida a órganos administrativos, lo que los distingue de los que ejercen propiamente potestades de gobierno.

En efecto, **sólo órganos políticos** que respondan ante la comunidad en su conjunto **pueden** asumir la grave responsabilidad de **limitar el derecho constitucional de huelga** de determinados ciudadanos; **ya que sólo órganos de tal naturaleza se encuentran estructuralmente capacitados** para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas, como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (s.n.).

Todavía aclarará que

"(...) al margen de la Administración en que se integre el órgano político de que se trate, hay que recordar que la STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 5, **ya excluyó a los órganos de gestión y administración de la empresa del círculo de titulares integrados en la noción de "autoridad gubernativa"**, y que la STC 8/1992, de 16 de enero, FJ 4, precisó, como ya había apuntado la STC 27/1989, de 3 de febrero, que la autoridad gubernativa es la que tiene la potestad y el deber de determinar los servicios mínimos, "sin que pueda abandonar esa determinación (distinta de la simple ejecución o puesta en práctica) en manos de la entidad empleadora" (FJ 3).

Este Tribunal ha respondido así, con toda claridad, a la pretensión de trasladar gran parte de las funciones derivadas de la fijación de los servicios mínimos a órganos de gestión o no gubernativos, reafirmando que **las mismas están reservadas a las autoridades políticas**, independientemente de que aquéllos puedan realizar funciones de apoyo que no impliquen la toma de acuerdos decisivos para el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Por decirlo con palabras de la STC 233/1997, de 18 de diciembre, FJ 2, "a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, **la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio**, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho de huelga" (s.n.).

El propio Tribunal Constitucional interpreta esta doctrina en su posterior sentencia 310/2006 cuando, refiriéndose a la 296/2006, dice:

"En esta Sentencia constitucional, tras estudiar detalladamente el régimen jurídico al que se sujeta el Director Gerente del SESP, se llega a la conclusión de que **no se trata de un órgano político**, esto es, políticamente responsable ante los ciudadanos de modo directo o indirecto, sino que le conviene la calificación de órgano de gestión y **que, precisamente por ello, no reúne las condiciones de neutralidad e independencia** necesarias para que la atribución de la competencia para fijar los servicios mínimos en

caso de huelga pueda considerarse como respetuosa con el contenido del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE" (s.n.).» (FD 7º)

II.33.1.4.1.2- Casuística

II.33.1.4.1.2.1- Lo es

- **El Director General para la Modernización de la Administración de Justicia, cargo que lleva aparejada la Secretaría General de la Administración de Justicia, tiene la condición de autoridad gubernativa a los efectos de establecer los servicios mínimos en caso de una huelga, al ser órgano de naturaleza política y no meramente gestor** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de enero de 2012 (RC 1417/2010) – F.D. 6º y 7º-]
- **El Presidente de la AEAT tiene la condición de autoridad gubernativa habilitada para establecer servicios mínimos** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de junio de 2010 (RC 784/2009) –F.D. 5º-]

II.33.1.4.1.2.2- No lo es

- **El Director General de Justicia de la Comunidad de Madrid no tiene la condición de autoridad gubernativa a los efectos de establecer los servicios mínimos en caso de una huelga al tratarse de un órgano con meras facultades de gestión y propuesta que carece de potestad de gobierno.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de febrero de 2011 (RC 4151/2009) –F.D. 3º-]
- **El Administrador único de la Sociedad Mercantil Estatal TVE S.A., y Director de TVE carece de las condiciones de neutralidad e imparcialidad necesarias para determinar el personal que debía realizar los servicios mínimos** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de junio de 2009 (RC-A 161/2007)]:

« (...) En efecto, el Director de TVE y Administrador único de la sociedad estatal, es un cargo que forma parte del equipo directivo de la propiedad Sociedad, designado por la Junta General Universal de las prestadoras del servicio público integrada por el Consejo de Administración de la Corporación RTVE, según dispone el artículo 16.1º, inciso último de la ley 17/2006, por lo que quien ostente el citado cargo depende de la propia Entidad donde se realiza la huelga, al tratarse de un cargo directivo de la misma, sujeto a la confianza del Consejo Rector de la Entidad, por lo que carece de las condiciones de neutralidad e imparcialidad necesarias para determinar el personal que debía realizar los servicios mínimos, y en este punto procede declarar la nulidad del artículo 3º del Real Decreto impugnado por contrario al derecho fundamental de huelga establecido en el artículo 28.2 de la Constitución Española». (FD 4º)

II.33.1.4.2- Criterios que han de presidir su adopción

II.33.1.4.2.1- Ponderación

En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute. [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011) –FD 7º-].

II.33.1.4.2.2- Proporcionalidad

Proporcionalidad de los servicios mínimos [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de diciembre de 2010 (RC 5520/2009)]:

« (...) la observancia de esa proporcionalidad significa mantener un equilibrio entre lo siguiente: de un lado, que los servicios mínimos queden limitados a aquéllos que se presenten como razonablemente imprescindibles para la debida atención de las necesidades de interés general a cuya garantía están dirigidos tales servicios; y, de otro, que el contenido del derecho de huelga no quede vacío en su contenido esencial, cual es el de constituir un instrumento de presión reivindicativa cuya eficacia, a su vez, conlleva hacer socialmente visible el conflicto laboral a través de las incomodidades y disfunciones que produce la paralización de actividades inherentes a toda huelga». (FD 3º)

En el mismo sentido, STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011); 9 de julio de 2012 (RC 4833/2011)

« (...) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos. Las medidas a adoptar, por ello, han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal de los servicios. Ahora bien, el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga solo hasta extremos razonables; de modo que, aun cuando la huelga únicamente ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad, sumando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos. (...)». (FD 7º)

II.33.1.4.2.3- Límites

El mantenimiento de los servicios esenciales no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 17 de junio de 2011 (RC 4481/2010) –FD 7º-]

II.33.1.4.3- Motivación

II.33.1.4.3.1- Necesidad

- **Necesidad de motivar los acuerdos administrativos que delimitan los servicios esenciales y fijan los servicios mínimos en caso de huelga** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de diciembre de 2011 (RC 7148/2010) –FD 5º-; 21 de diciembre de 2011 (RC 6655/2010) –FD 4º-; 24 de octubre de 2011 (RC 974/2010) –FD 5º-; 7 de junio de 2010 (RC 784/2009) –FD 5º-]
- **Tiene como finalidad permitir el posterior control jurisdiccional** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011); 26 de diciembre de 2012 (RC 27/2012); 11 de octubre de 2012 (RC 4987/2011); 9 de julio de 2012 (RC 5109/2011)]:

«El acto por el cual se determina el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad ha de estar adecuadamente motivado, y cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad política de la que procede el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación de éste. Siendo una decisión que comporta graves consecuencias, es preciso, no sólo que tenga una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente, con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba. (...).»

II.33.1.4.3.2- Contenido

- **Comprende tanto la “esencialidad” del servicio como la “cifra, cuantía o porcentaje” en que quedan establecidos los concretos servicios mínimos.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 28 de septiembre de 2012 (RC 6887/2010); 25 de noviembre de 2011 (RC 2467/2010) –FD 5º-; 21 de junio de 2011 (RC 6420/2009); 17 de junio de 2011 (RC 4481/2010) –FD 7º-; 22 de julio de 2010 (RC 1177/2008) –FD 8º-; 13 de julio de 2010 (RC 431/2009) –FD 3º y 4º-; 8 de julio de 2009 (RC 5682/2006) –FD 3º-; 25 de junio de 2009 (RC 3596/2007) –FD 5º y 7º-; 11 de marzo de 2009 (RC 3784/2005) –FD 5º-; 6 de marzo de 2009 (RC 1194/2007) –FD 3º-];

« (...) se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia. En primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados por el paro laboral). Y en segundo lugar, que se precisen también los factores de hecho y los criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuales son los hechos y los estudios concretos que se han tenido en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requieren para que queden garantizados esos otros

intereses o derechos, tan relevantes como el derecho de huelga, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos.

La primera de esas exigencias impone señalar los intereses de los afectados por la huelga que, por encarnar un derecho fundamental o un interés de urgente atención constitucionalmente tutelado, o por estar así dispuesto en una norma, merecen ser considerados servicios esenciales.

La segunda exigencia, relativa a la ponderación de los intereses en conflicto, se traduce en la debida observancia en dicho juicio del principio de proporcionalidad. Y esta Sala y Sección ha declarado (sentencia de 8 de octubre de 2004 -Recurso de casación 5908/2000-, entre otras) que, con arreglo al criterio inherente a dicho principio, la validez de los servicios mínimos depende en último término de lo siguiente: que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos.» (FD 3º)

En el mismo sentido, STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011):

« (...) Ello significa que en la motivación aportada por la autoridad gubernativa han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas, sin que sean suficientes “indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para “tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho”. La motivación debe referirse a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada y pormenorizada. En definitiva, han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente, “los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas”. (...)». (FD 7º)

• **Posibilidad de motivación in aliunde: requisitos** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 3 de noviembre de 2010 (RC 2610/2009); 30 de septiembre de 2010 (RC 4380/2009) –FD 4º-; 8 de julio de 2009 (RC 5682/2006) –FD 5º-]:

« (...) dicha motivación ha de darse a conocer en el propio acto administrativo que establezca los servicios mínimos y, cuando se opte por una motivación "in aliunde", esto es, mediante la referencia a otros documentos o actuaciones, será necesario que el propio acto de servicios mínimos identifique con la debida claridad ese otro documento o actuación donde se contiene la motivación, para que los huelguistas puedan conocer sin ningún género de dudas cual es la motivación y donde se encuentra.» (FD 6º)

II.33.1.4.3.3- Casuística

• **La hipotética esencialidad del servicio no constituye por si sola razón suficiente para el establecimiento de los servicios mínimos en un 100%.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16 de diciembre de 2010 (RC 5037/2009) –FD 7º-;]

• **Admisibilidad de la imposición de unos servicios del 100%: excepcional y para supuestos muy señalados en la medida en que supone negar el propio derecho a la huelga. Requiere una específica justificación.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de septiembre de 2010 (RC 6010/2007) –FD 7º-]

• **Empresas eléctricas: el carácter estratégico del sector no exime de la obligación de motivación** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 24 de febrero de 2011 (RC 2969/2009) –F.D. 3º-]

• **Reunión previa Administración- Organizaciones sindicales en las que aquélla les da a conocer cómo proyecta fijar los servicios mínimos en relación con una concreta huelga no le exime de su obligación de motivación** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 3151/2011)]:

« (...) La circunstancia de que, antes de adoptarse el Decreto recurrido, tuviera lugar una reunión de la Administración con las organizaciones sindicales en las que se puso en su conocimiento cómo proyectaba aquélla fijar los servicios mínimos en relación con la huelga convocada para el día 8 de junio de 2010, no puede servir para eximir ni liberar a la Administración de la obligación que sobre ella recaía de causalizar o motivar en el Decreto 87/2010 los servicios mínimos que, no olvidemos, es una exigencia que va dirigida, fundamentalmente, a que los titulares del derecho de huelga que lo ven limitado por la resolución puedan conocer las razones de esa limitación (...).». (FD 5º)

• **Huelga en Televisión: Programación informativa: carácter esencial y servicios mínimos: exigencia de motivación reforzada** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 27 de junio de 2009 (RC-A 161/2007)]:

« (...) El Real Decreto 1067/2007, cuando dice en su artículo 2 a) que ha de mantenerse durante la huelga, como servicio esencial, la "producción y emisión de los servicios informativos, en sentido estricto en cuanto a su contenido limitándose, en general, a la inclusión de noticias o informaciones que sean de actualidad y tengan inmediatez necesaria para garantizar el derecho a la información de la comunidad", incurre en exceso. En efecto, esta definición adolece de omisiones que inciden negativamente en el derecho a la huelga que reconoce el artículo 28.2 de la Constitución.

Así, no tiene presente que el Tribunal constitucional ha considerado contrario a ese derecho fundamental el mantenimiento de "la normal programación informativa" y que esta Sala [sentencia de 16 de mayo de 2005 (casación 6940/2001)] ha precisado a ese respecto que la satisfacción del derecho a la información de los ciudadanos por una televisión pública autonómica no autoriza a que por la misma se emita información sobre todos los acontecimientos de actualidad sino solamente sobre aquellos específicamente vinculados en aquél caso a los actos de la fiesta de la Comunidad Autónoma.

El criterio restrictivo que impone el respeto al derecho fundamental a la huelga exigía, en este caso, una precisión semejante en cuanto al contenido de la información constitutiva del servicio esencial a mantener y otra en lo que respecta a la duración de

los programas informativos. La primera, necesaria para excluir todo exceso material, implica circunscribir la información a transmitir, no sólo a las noticias e informaciones actuales e inmediatas, sino también, a las que además, guarden una conexión directa con el servicio público esencial que presta la Corporación RTVE, excluyendo, por tanto, noticias e informaciones que aún actuales e inmediatas no presenten esa vinculación.

De igual modo, la segunda precisión ausente en la descripción del servicio impuesto y, sin embargo, necesaria, es la relativa a la duración de los programas informativos, la cual, en principio, no puede ser igual a la habitual, sino estrictamente limitada a las informaciones y noticias, actuales e inmediatas, de servicio público, en el sentido indicado.

La ausencia de estas precisiones hace que la fórmula utilizada por el Real Decreto se preste a la emisión de programas informativos no sólo de duración igual a la habitual, sino también de contenido heterogéneo en el que se incluyan noticias, informaciones alejadas del interés público propio del servicio esencial que se ha de garantizar. De ahí que proceda acoger este motivo de casación». (FD 3º)

• **Huelga en Televisión: Servicios mínimos en la programación informativa: exigencia de motivación reforzada** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de abril de 2010 (RC 4151/2007); 24 de febrero de 2010 (RC 1425/2008) –FD 4º-]:

« (...) La validez de la "programación informativa" que sea establecida con dicho carácter de servicio mínimo exigirá que queden debidamente expresadas o identificadas las singulares circunstancias o datos de hecho que demuestren en dicha "programación informativa" el cumplimiento de estas dos exigencias que siguen. Por un lado, su "necesidad" para garantizar, en el mínimo que resulta exigible, los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución; y, por otro, su "proporcionalidad", esto es, que la actividad informativa mantenida como servicio mínimo comporta una disminución, no sólo de la total actividad televisiva o radiofónica de cualquier clase de contenido que es desarrollada en circunstancias de normalidad, sino también una apreciable reducción de la actividad informativa que es realizada en esas mismas circunstancias de normalidad.

Así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde, según recuerda el Tribunal Constitucional, de actuar como un eficaz medio de presión a través de la exteriorización de los efectos que produce el paro laboral.

Esas circunstancias o datos de hecho cuya consignación siempre es necesaria, en el caso de la huelga aquí controvertida imponían a la Orden impugnada haber dejado constancia de lo siguiente: emisoras televisivas y de radiodifusión de titularidad pública existentes en la Comunidad de Madrid que tienen también una programación informativa; población residente en ese territorio que tiene acceso a dicha programación; y programación informativa que en circunstancias de normalidad emite el Ente público afectado por la huelga y sus sociedades, con expresión, en su caso, de sus contenidos informativos específicos y diferentes a los que difunden esas otras emisoras.(...)» (FD 5º)

- **La nulidad de la resolución que establece los servicios mínimos comporta también la de los actos dictados en ejecución de aquélla** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22 de julio de 2009 (RC 3853/2007)]:

« (...) lo que es indudable es que los actos de designación del personal que había de cumplir los servicios mínimos tienen su causa en ese Decreto 8/2007 y están subordinados a este acto principal. Por lo cual, siendo éste nulo por vulnerador del derecho de huelga, también lo son los actos posteriores que fueron dictados para su ejecución». (FD 2º)

- **La conducta del empleador consistente en la utilización de otros trabajadores para sustituir a quienes secundan la huelga vulnera el derecho a la huelga** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 7 de junio de 2010 (RC 784/2009)]:

« (...) Y, ciertamente, ha de considerarse lesiva del derecho a la huelga la conducta del empleador --en este caso, la AEAT-- consistente en la utilización de otros trabajadores --aquí, funcionarios-- para sustituir a quienes secundan la huelga. En efecto, el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977 prohíbe al empresario sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones que deben asumir respecto de los servicios mínimos, seguridad de personas y cosas y el mantenimiento de locales, instalaciones, maquinaria o materias primas. Y la sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992 ha señalado que resultaría contraria al artículo 28.2 de la Constitución la utilización de la libertad de contratación del empresario "como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo". En ese sentido ya se manifestó la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 y las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1995 (casación 1319/1994) y 24 de octubre de 1989 han explicitado que dicha restricción se extiende también a la faceta interna de la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa». (FD 6º)

II.33.2.- Pretensión indemnizatoria por infracción del derecho a la huelga

- **Es algo que cabe considerar ajustado al ordenamiento jurídico, pero requiere concretar y detallar el resultado lesivo y demostrarlo permitiendo el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación.** [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 9 de julio de 2012 (RC 4833/2011) –F.D. 8º-, con cita de la de 25 de junio de 2009 (RC 3596/2007) –FD 8º-; 7 de junio de 2010 (RC 784/2009) –FD 6º-]:

« (...) Como hemos declarado ante pretensiones indemnizatorias semejantes, el derecho a ser indemnizado requiere concretar y detallar el resultado lesivo y demostrarlo, y lo que permite el artículo 71.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción es únicamente posponer la cuantificación de la indemnización correspondiente a los daños que hayan sido previamente alegados y probados en la fase declarativa del proceso jurisdiccional.

Pues bien, la demanda que la parte actora presentó en el proceso de instancia no contiene indicación alguna al respecto, no describe ni enuncia siquiera los conceptos o partidas cuya reparación se pretende a través de esa genérica indemnización que solicita, lo que impide el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación».

II.34.- DERECHO DE PETICIÓN (ART. 29.1 CE)

Exige respuesta, aunque no necesariamente favorable a lo peticionado [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 2 de marzo de 2009 (RC 6366/2006); 18 de febrero de 2009 (RC 4425/2006) –FD 6º-; 8 de mayo de 2009 (RC-A 112/2007) –FD 2º-]:

« (...) En este contexto, es correcto calificar su iniciativa como ejercicio de derecho de petición y, también, hay que coincidir con la Sala de instancia en que ha sido respetado por el Ministerio de Economía y Hacienda, ya que dio una respuesta motivada a lo que se le pedía. En este sentido podemos recordar que el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente sobre este derecho en su sentencia 242/1993, de 14 de julio:

"Ahora bien, hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más, e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, comunicar al interesado la resolución que se adopte (arts. 6.2 y 11.3 de la Ley reguladora), sin que ello "incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado" (STC 161/1988 y en el mismo sentido ATC 749/1985)"".

Asimismo, cabe recordar que la Ley orgánica 4/2001 establece en su artículo 11.3 lo siguiente:

"3. La contestación recogerá, al menos, los términos en los que la petición ha sido tomada en consideración por parte de la autoridad u órgano competente e incorporará las razones y motivos por los que se acuerda acceder a la petición o no hacerlo. En caso de que, como resultado de la petición, se haya adoptado cualquier acuerdo, medida o resolución específica, se agregará a la contestación".

(...)

En fin, el derecho de petición no se transforma en otra cosa por la circunstancia de que, de ser acogida la pretensión que comporte, el que lo ejerce logre una ventaja o deje de padecer un perjuicio. Es connatural al mismo esa virtualidad y, por eso, precisamente se acude a él cuando el ordenamiento jurídico no ofrece otro cauce para obtener lo que se persigue. Pero que produzca tales efectos e, incluso, que pueda fundamentarse en ellos la legitimación para recurrir en vía jurisdiccional no significa que deje de ser lo que es: un instrumento residual para canalizar aspiraciones que no encuentran ninguna otra vía jurídica para ser planteadas y que no comporta la facultad de obtener de los poderes públicos frente a los que se ejerce su satisfacción material» (FD 3º).

II.35.- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (ART. 30 CE)

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, ni tampoco circunscrito al ámbito educativo frente a una ninguna asignatura ni, en particular, frente a las conocidas como Educación para la Ciudadanía [STS, Sala 3ª, Pleno, 11 de febrero de 2009 (RC 948; 949 y 1013 de 2008); STS, Sala 3ª, Sección 7ª; 25 de mayo de 2012 (RC 3340/2011); 23 de septiembre de 2011 (RC 3783/2010) –FD 2º y 3º-; 24 de junio de 2011 (RC 3632/2010) –FD 2º y 3º-; 9 de junio de 2011 (RC 3803/2010); 2 de junio de 2011 (RC 457/2010); 26 de mayo de 2011 (RC 3473/2010); 19 de mayo de 2011 (RC 3905/2010); 12 de mayo de 2011 (RC 3614/2010); 5 de mayo de 2011 (RC 3602/2010); 28 de abril de 2011 (RC 3627/2010); 14 de abril de 2011 (RC 3716/2010); 7 de abril de 2011 (RC 3820/2010); 31 de marzo de 2011 (RC 3808/2010); 24 de marzo de 2011 (RC 3812/2010) y 3 de marzo de 2011 (RC 881/2010); 6 de mayo de 2010 (RC 6202/2009) –FD 2º y 3º-; 14 de enero de 2010 (RC 6155/2008) –FD 3º-];

« (...) La primera cuestión a resolver estriba en determinar si existe un derecho a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer por los padres en nombre de sus hijos menores para eximirles del deber de cursar una materia del currículo escolar que provoca su repulsa por razones ideológicas o religiosas.

(...)

Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.

(...) el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general (...) (FD 7º)

(...) Tampoco el artículo 27.3 de la Constitución, en sí mismo considerado, con independencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, permite afirmar que los padres tienen un derecho a la objeción de conciencia sobre materias como Educación para la Ciudadanía. De entrada, hay que destacar que dicho precepto constitucional sólo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, no sobre materias ajenas a la religión y la moral. En la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el artículo 27.3. Este sólo regirá para aquellos aspectos de la citada materia que incidan sobre problemas morales, pues hay que entender que la religión, por ser algo ajeno a la ciudadanía, ha de quedar necesariamente fuera de la referida materia. Pero, si esto no fuera suficiente, hay que recordar que los apartados segundo y tercero del artículo 27 se limitan mutuamente: ciertamente, el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar este último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".» (FD 8º)

Ello, sin embargo, no autoriza a la Administración educativa ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23 de septiembre de 2011 (RC 3783/2010) –FD 2º -; 24 de junio de 2011 (RC 3632/2010) –FD 2º-; 9 de junio de 2011 (RC 3803/2010); 2 de junio de 2011 (RC 457/2010); 26 de mayo de 2011 (RC 3473/2010); 19 de mayo de 2011 (RC 3905/2010); 12 de mayo de 2011 (RC 3614/2010); 5 de mayo de 2011 (RC 3602/2010); 28 de abril de 2011 (RC 3627/2010); 14 de abril de 2011 (RC 3716/2010); 7 de abril de 2011 (RC 3820/2010); 31 de marzo de 2011 (RC 3808/2010); 24 de marzo de 2011 (RC 3812/2010) y 3 de marzo de 2011 (RC 881/2010); 6 de mayo de 2010 (RC 6202/2009) –FD 2º-; 14 de enero de 2010 (RC 6155/2008) –FD 3º-]

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho a la objeción de conciencia frente a una ninguna asignatura ni, en particular, frente a las conocidas como Educación para la Ciudadanía, ni aun el caso de que el material utilizado para su enseñanza sea considerado adoctrinador [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 12 de noviembre de 2012 (RC 6856/2010)]:

«El ordenamiento jurídico no reconoce el derecho a la objeción de conciencia frente a la enseñanza de una determinada materia escolar ni siquiera en el caso de que el material utilizado sea considerado, como en este caso lo considera la sentencia recurrida, adoctrinador. (...) La constatación de que un texto escolar es, por la razón indicada, inidóneo no justifica que los alumnos no cursen una asignatura, en especial si su conformidad al ordenamiento jurídico ha sido expresamente declarada por el Tribunal Supremo tras rechazar argumentos en contra de ella semejantes a los que se han hecho valer en este caso. La solución ha de venir por caminos diferentes pues no se puede recortar del modo en que lo hecho la Sala de Sevilla la programación educativa. Habrá de ser la retirada del libro o cualquier otra medida que subsane el defecto pero no la de permitir que unos alumnos no asistan a clase y no sean evaluados de una materia integrada en los planes de estudio.» (FD 14º)