

POR CAUSA DEL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL NADIE TIENE QUE SUFRIR DAÑOS O REPRESALIAS QUE ATENTEN CONTRA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CLAVE SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1981-2016)

NOBODY HAS TO SUFFER ANY REPRISALS OR DAMAGE WHEN EXERCISING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM OF ASSOCIATION. INDEMNITY WARRANTY ON KEY TRADE UNION IN THE DOCTRINE OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT (1981-2016)

José Ignacio García Ninet¹

Fernando Barbancho Tovillas²

Jesús Barceló Fernández³

RESUMEN: Cuando hablamos de la garantía de indemnidad estamos hablando de que por causa del ejercicio del derecho fundamental de la libertad sindical nadie tiene por qué sufrir ningún tipo de represalias que atenten contra este derecho fundamental por el hecho de su disfrute o intento de disfrute, ni tampoco por el hecho de que, en defensa del derecho de libertad sindical, pudiera presentar, las más de las veces en interés colectivo, quejas, reclamaciones, denuncias, demandas o recursos, de modo muy especial cuando frente al legítimo ejercicio de este derecho se deriva por parte el temor, incluso, a la máxima sanción que no es otra que la del despido⁴.

Artigo recebido em 29 março de 2016

1 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

2 Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

3 Investigador y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

4 Sin ningún tipo de ánimo exhaustivo, como es evidente, recomendamos la lectura de estos dos manuales: 1º) A. OJEDA AVILES, Compendio de Derecho Sindical, Madrid (Editorial Tecnos), 3ª ed. 2014 y de la obra colectiva de J.I. GARCIA NINET (Director) y J.GARCIA VIÑA (Coordinador), Manual de Derecho Sindical, Barcelona (Ed. Atelier), 3ª ed. 2011.

PALABRAS CLAVE: Constitución Española, Tribunal Constitucional, Derechos fundamentales, Libertad Sindical, Principio de indemnidad, Carga de la prueba, Indicios probatorio. Discriminaciones. Tutela judicial efectiva.

ABSTRAT: When we talk about the guarantee Indemnity we are talking about that because the exercise of the fundamental right of trade union freedom nobody has to suffer any reprisals that violate this fundamental right because of their enjoyment or attempted enjoyment, nor by the fact that, in defence of trade union freedom, I could present, in the collective interest, complaints, claims, complaints, demands or resources very special way when facing the legitimate exercise of this right is derived fear even the maximum sanction that is none other than dismissal.

KEYWORDS: Spanish Constitution, Constitutional Court, Fundamental Rights, Freedom of Association, Principle of Indemnity, Burden of Proof, evidentiary signs. Discriminations. Effective judicial protection.

1. PRECEDENTES NORMATIVOS

A lo largo de estos años el Tribunal Constitucional del Reino de España (TC en lo sucesivo), realizando la labor que le corresponde, ha tenido que enfrentarse a bastantes casos de conductas empresariales tendentes a entorpecer (objetiva o subjetivamente) el normal ejercicio del derecho a la libertad sindical, y es ello lo que justifica estas páginas, pues existe una doctrina muy consolidada en defensa de la Libertad Sindical que, de vez en cuando, conviene recordar por el bien de las relaciones laborales y del diálogo social.

A nivel interno español cabe señalar que el art. 4.1 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET)⁵ dispone que los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:

⁵ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO [en lo sucesivo BOE] del 24).

- b) Libre sindicación⁶.
- c) Negociación colectiva⁷.
- d) Adopción de medidas de conflicto colectivo⁸.
- e) Huelga⁹.

De otro lado, el art. 4.2., también del ET, señala que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen, entre otros, el derecho:

- g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.¹⁰

Como afirma con reiteración el TC (SSTC 88/1985 y 104/1987, entre otras muchas), la celebración del contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación al trabajador de los derechos que la Constitución Española (en lo sucesivo CE) le reconoce como ciudadano, de suerte que, cuando se produce violación de algún derecho fundamental -como el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)- no basta la simple declaración de improcedencia del despido, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria.

2. LAS GARANTÍAS DE INDEMNIDAD EN ALGUNOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT

6 En desarrollo del art. 28.1 de la CE de 27 de diciembre de 1978 (BOE del 29). Vid. en este sentido, igualmente, los arts. 7, 103.3 y 127 también de la CE. Este derecho fue desarrollado mediante la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (BOE del 8), de Libertad Sindical.

7 Vid. arts. 82-92 del ET.

8 Vid. art. 37.2 CE y Título II del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE del 9), sobre Relaciones de Trabajo.

9 Vid. art. 28.2 CE y Título I del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo (BOE del 9), sobre Relaciones de Trabajo y muy especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril (BOE del 25), de la que fue Ponente el Muy insigne Magistrado y Catedrático de Derecho Civil Dr. Luís Díez Picazo y Ponce de León.

10 Vid. Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social. Y entre otras, aparte de aquellas a las que haremos mención, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 38/2005, de 28 de febrero (BOE del 5 de abril); STC 144/2005, de 6 de junio (BOE del 8 de julio); STC 171/2005, de 20 de junio (BOE del 21 de julio); STC 16/2006, de 19 de enero (BOE del 15 de febrero); STC 120/2006, de 24 de abril (BOE del 26 de mayo); STC 138/2006, de 8 de mayo (BOE del 8 de junio); STC 125/2008, de 20 de octubre (BOE del 21 de noviembre), etc.

Hay que resaltar los siguientes convenios de la OIT, a los cuales, como veremos posteriormente, se refieren las sentencias del TC una y otra vez.

El Convenio número 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado en Ginebra el 9 de julio de 1948, cuyo art. 11 dispone: *“Todo miembro de la OIT para el cual esté en vigor el presente convenio se obliga adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”*.

El Convenio número 98, sobre La aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en Ginebra el 1 de julio de 1949, cuyo art. 1º dispone:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
 - a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;
 - b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El Convenio núm. 135, Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa¹¹, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1971, cuyo art. 1 dispone:

Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representante de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

La Recomendación núm. 143, Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), cuya Disposición III, que trata de la Protección de los Representantes de los Trabajadores, aparte de repetir en su num. 5 la garantía recogida en el art. 1 del Convenio num. 135, en su num. 6, apartado e) señala que se debería:

(...) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado.

¹¹ Aprobado en 1971 y ratificado por España el 8 de noviembre de 1972 (BOE de 4 de julio de 1974).

El Convenio número 151, Sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1978 , cuyo art. 4º dispone:

1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.
2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
 - a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella.
 - b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.

El Convenio núm. 158: Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982¹², cuyo art. 5 dispone:

- Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:
- c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

3. LA ELABORACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

3.1. Punto de partida de la garantía de indemnidad. ¿En qué consiste la garantía de indemnidad? ¿Cuándo se inicia? ¿Frente a qué opera esta garantía?¹³ La nulidad de los despidos en represalia por la acción de demanda de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales ante acciones discriminatorias del empresario. El inicio de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional Español.

12 Aprobado en 1982 y ratificado por España mediante Instrumento del 16 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985). *Vid.* asimismo las Recomendaciones num. 119 (1963) sobre la terminación de la relación de trabajo y la num. 166 (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

13 En este mismo sentido se manifiesta la STC 54/1995 (Sala Primera), de 24 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas. Tal garantía se traduce en la interdicción de medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de Jueces y Tribunales, en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido [repárese en este punto, pues el hecho de que se crea tener derecho no quiere decir que siempre se reconozca por los tribunales, total o parcialmente], debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4, núm. 2, apartado g), del ET], mientras que el Convenio núm. 158 OIT en su art. 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente.

En este mismo sentido se manifiesta el Auto del TC num. 219/2001 (Sala Segunda), de 18 de julio.

3.1.1. STC 14/1993

Cabe mencionar en primer lugar el caso de la Redactora de la Revista Comunidad Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia de España, a la que se refiere la STC 14/1993, Sala Primera, de 18 enero¹⁴. Con esta STC se inauguró la serie de sentencias que a lo largo de estos años han ido perfilando esta garantía de indemnidad en favor de los trabajadores/as, representantes de los trabajadores.

En este primer supuesto se trataba de resolver un Recurso de amparo formulado contra la Sentencia de la Sala Segunda de Tribunal Central de Trabajo (ya extinto), de 16-5-1989 en autos sobre despido, y relativa a posible vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales (tal y como señala el art. 24.1 CE), viniendo a significar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se satisface sólo mediante la actuación de Jueces y Tribunales,

(...) sino también a través de la garantía de la indemnidad, esto es, que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, como la reclamación administrativa previa, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas (lo que denominaríamos medidas de retorsión del empresario ante el ejercicio legítimo por parte del trabajador de sus derechos e intereses, como en clave colectiva sucede con el cierre patronal de retorsión frente al legítimo ejercicio del derecho de huelga).

La garantía de la indemnidad se traduce en la imposibilidad (desde el punto de vista legal) de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. No es que el empresario defienda legítimamente sus intereses; es que emplea de modo espurio su poder, su posición dominante en el contrato de trabajo.

En este caso se consideró discriminatorio el vincular o considerar como un supuesto de trasgresión de la buena fe contractual el hecho de haber reclamado el carácter indefinido de su relación laboral mediante el legítimo derecho al ejercicio de reclamaciones y acciones judiciales, por lo que el TC acaba declarando la nulidad radical de tal medida. Cabe apuntar que en no pocas ocasiones el TC se ha tenido que enfrentar a casos similares, o sea a supuestos en los que se está reclamando el reconocimiento del carácter laboral de la relación y no la

14 BOE del 12 de enero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Fernando García-Mon y González Regueral.

consideración de mera relación civil o mercantil; en otros casos, lo que se reclama es el carácter indefinido de la relación y no la permanencia a perpetuidad de su temporalidad, etc.

O lo que es lo mismo, no cabe despedir imputando mala fe contractual al trabajador por el hecho de haber entablado alguna acción administrativa o judicial para que se le reconozca su derecho al carácter indefinido de su relación laboral. Acciones, pues, judiciales o administrativas. Y ello al margen de que al término del proceso judicial o extrajudicial no se le acabe dando al reclamante toda la razón, ni parte de la razón, sin perjuicio de los efectos que pudieran derivarse si se comprobara que se trata de acciones manifiestamente improcedentes llevadas a cabo a conciencia de su inadecuación y con mala fe.

Por ello, según el TC, la decisión judicial de decretar el despido solamente como improcedente, en la medida en que-pese a lo incorrecto de su acción- otorga a la empresa la facultad de optar entre la readmisión y la indemnización, después de haber actuado contra ley (o sea, despido libre aunque indemnizado, lo cual no deja de ser una represalia de parte empresarial ante el ejercicio de un derecho fundamental, cual es el de la tutela judicial efectiva, aunque pudiera no reconocérsele el derecho finalmente), imposibilita la eficacia de la resolución judicial que hubiera debido recaer en el ejercicio de la acción declarativa, y, en definitiva, permite que deriven consecuencias negativas del ejercicio de la acción judicial.

En suma, se considera que el extinto Tribunal Central de Trabajo (del periodo franquista, posteriormente sustituido por los Tribunales Superiores de Justicia de las 17 Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional) no amparó, a juicio de la demandante de amparo plenamente –diríamos- pues, al situarla ante la declaración de simple improcedencia, la dejaba en manos del empresario para que pudiera optar en prescindir de ella, pagando una indemnización. Muchas veces hemos oído decir que después de haberse enfrentado el trabajador con el empresario (sobre todo en la pequeña y mediana empresa, en donde las relaciones humanas, o sea los roces personales, resultan más próximos y diarios), siquiera sea en clave administrativa o extrajudicialmente, las relaciones laborales ya no pueden funcionar como antes (a juicio normalmente del empresario) y lo mejor es resolver el contrato; posiblemente, haya que acabar con este tabú de pensar que tras un litigio no cabe volver las aguas a su cauce, pues esta tesis, que interesa en gran manera al empresario (pues se atemoriza así al trabajador), conduce a que nadie se atreva a pleitear por sus legítimos intereses; por lo que su derecho a la tutela judicial queda seriamente menoscabado por no haber considerado

nulo radical el despido decidido como represalia por haber interpuesto la reclamación administrativa previa a la vía judicial.

3.1.2. STC 55/2004

En esta línea se inscribiría posteriormente la STC 55/2004, de la Sala Primera, de 19 abril¹⁵, la cual, al tratar del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, se refiere no sólo a su contenido, sino también a la garantía de indemnidad, en un supuesto de despido de trabajador a causa de las cartas dirigidas por su Abogado a su empresa con reclamaciones sobre una patente por invención en una reclamación extrajudicial tendente a la evitación de un proceso a la que se acaba extendiendo la protección de la garantía de indemnidad. Esta nueva STC nos recuerda, precisamente, la doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE, señalando que «en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, este Tribunal ya declaró en la STC 7/1993, de 18 de enero, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 OIT, ratificado por España, que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por

15 BOE de 18 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Javier Delgado Barrio

supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”.¹⁶

3.1.3. STC 16/2006

En la STC 16/2006, de 19 de enero, del Pleno del TC¹⁷, se significa que:

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la CE, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes.

Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero, F. 2:

(...) a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho.¹⁸

3.2. La protección frente a las represalias directas o indirectas de parte del empresario.

La carga de la prueba: distribución de la misma. La finalidad de la prueba indiciaria en el ámbito de la libertad sindical. El descubrimiento de las conductas lesivas de derechos fundamentales. Las sinuosidades de las reacciones antisindicales ¿Pruebas diabólicas? No todo es siempre discriminatorio: al filo de la legalidad. Razonabilidad y proporcionalidad de las medidas empresariales. La vara de medir. No existe la inmunidad total de los representantes sindicales.

16 Estas mismas tesis se sostendrán, por ej. y entre otras muchas más, en la STC 87/2004, de la Sala Primera, de 10 mayo, de la que fue Ponente la Magistrada D. María Emilia Casas Baamonde; en la STC 144/2005, de la Sala Primera, de 6 junio, de la que fue Ponente el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps, siguiendo la STC 38/2005, de 28 de febrero (F. 3), en la STC 120/2006, de la Sala Primera, de 24 abril, de la que fue Ponente: el Magistrado D. Javier Delgado Barrio, etc.

17 BOE del 15 de febrero, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

18 En este sentido, cabe citar también la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97) (TJCE 1998, 207), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

3.2.1. Debe traerse a colación en primer lugar la doctrina sentada por el TC desde su temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de prueba para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles actuaciones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales, regla consagrada expresamente en el art. 179.2 de la (derogada) Ley de Procedimiento Laboral¹⁹ como consecuencia, precisamente, de dicha doctrina..²⁰

3.2.2. En el ámbito de la libertad sindical, la STC. 214/2001, de la Sala Segunda, de 29 octubre²¹, aclara que “...Es preciso tener presente, como viene poniendo de manifiesto este Tribunal desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba, para garantizar el derecho a la libertad sindical frente a posibles decisiones empresariales, que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales...y... «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales».

En consecuencia, se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente

¹⁹ Ley derogada en la actualidad por la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo. CAPÍTULO XI, del Libro II, trata de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177).

²⁰ Como recuerda la STC 74/1998, de 31 de marzo, F. 5 En este mismo sentido es de reseñar el caso del liberado sindical y de su derecho a mantener sus retribuciones anteriores a causa de la supresión de un complemento de puesto de trabajo, recogido en la STC. 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

²¹ BOE de 30 de noviembre, siendo Ponente el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas.

de una discriminación por razones sindicales». No obstante, no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales²², y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo.²³

3.2.3. A los anteriores efectos resulta ilustrativo el supuesto del policía liberado (del Cuerpo Nacional de Policía) de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales, al que se le deniega en su momento la adjudicación de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad (Secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía), contemplado en la STC 144/2006, Sala Segunda, de 8 mayo²⁴. En ella se nos dice que...“según criterio reiterado de este TC, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad, en este caso en su proyección al acceso a la función pública, quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE. Circunstancia esta última que no concurre en este supuesto, al fundarse la discriminación alegada en último término en la condición de liberado sindical del demandante de amparo.

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

a) Hemos venido subrayando desde la citada Sentencia cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan

22 Del Auto del Tribunal Constitucional 103/1991, de 8 de abril, F. 4.

23 En el caso de los despidos de los delegados de personal de CC.OO en la Mancomunidad das Terras do Navea Bibeí, la STC 17/2005 (Sala Primera), de 1 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, resalta que ésta vedada cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores y, al tratar de la carga de la prueba, resalta el doble elemento de la prueba indiciaria: necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y, en segundo lugar, la necesidad del empresario de justificar objetiva, razonable y proporcionalmente las causas de su decisión.

24 BOE del 8 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad.

b) Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir por razón de su afiliación o actividad sindical menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad, por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical.

c) La protección contra el perjuicio de todo orden que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la OIT, en vigor para España, con la virtualidad hermenéutica que ex art. 10.2 CE dicho Convenio tiene, cuyo art. 1 establece que aquellos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, por razón de su condición de representantes [y] de sus actividades como tales».

d) La prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que el TC ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba.

e) La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, finalidad en orden a la cual se articula un doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Por ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Para apreciar la concurrencia del indicio tendrán aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental.

f) Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero habrá de superarse inexcusablemente el umbral mínimo de

aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas, o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo inverosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

g) Y, dado que la presente demanda de amparo se refiere a una supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical acaecida en el ámbito de la prestación de servicios de un funcionario público, y no en el ámbito de una relación laboral, no es ocioso recordar que también la Administración pública, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE), debe acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental.

h) A modo de conclusión: En este sentido hemos declarado que el margen de discrecionalidad característicos de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. No es bastante para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales. Al estar involucrado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), es exigible que la Administración exprese los motivos de su decisión, siendo al respecto manifiestamente insuficiente la apodíctica afirmación de que «no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar», a la que se circunscribe la razón esgrimida por la Administración, que nada argumenta respecto de las vacantes existentes, ni aduce ningún criterio objetivo con base en el cual pudiera considerarse la adecuación o no del recurrente a algunas de dichas vacantes, ni, en fin, expone circunstancias de tipo objetivo, referidas a las necesidades de servicio u organizativas, que impidiesen la adjudicación al demandante de amparo de un puesto de trabajo en segunda actividad.

3.2.4. Decía la STC 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 7²⁵, ocupándose de la finalidad de la prueba indiciaria y del doble plano probatorio en el que se articula, que «el indicio razonable de que se ha producido la lesión del derecho fundamental no consiste en la mera constatación de que en un momento precedente tuvo lugar el ejercicio del derecho –en este caso que se participó en una huelga o en que se formuló una reclamación judicial– sino que es preciso justificar –indiciariamente– la existencia de una relación de causalidad entre tal ejercicio y la decisión o acto calificado de lesivo del derecho. El que en un momento pasado se haya ejercitado un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria »²⁶.

3.2.5. Tema interesante también a estos efectos es el del litigante represaliado, una y otra vez, demostrativo de una situación de marcada litigiosidad entre el demandante de amparo y la empresa para la que prestaba servicios, concretada en la interposición de diversas demandas judiciales en el período inmediatamente anterior a la decisión de despido, que fue, además, precedida de una sucesión de decisiones disciplinarias sancionadoras menos graves, pero de intensidad creciente, recurridas todas ellas, a su vez, por el trabajador ante el Juzgado de lo Social, y que concluyeron con el despido del trabajador (Iberia Líneas Aéreas S.A).²⁷

En la STC que resuelve este caso se indica que “...tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, hemos subrayado de forma reiterada la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Para precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria si están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, es oportuno remitirse a lo señalado en la STC 87/2004, de 10 de mayo, de la Sala Primera (F. 2)²⁸.

25 BOE del 7 de octubre, siendo Ponente el Presidente del TC Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

26 Del Fundamento Jurídico 3º de la STC 203/2015, de la Sala Segunda, de 5 de octubre (BOE del 13 de noviembre), resolviendo Recurso de amparo 4337/2013, siendo Ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, que cita las SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6. Por ello, la queja que reprocha la vulneración de la libertad sindical en conexión con la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE debe ser desestimada en este caso concreto.

27 Supuesto que se recoge en la STC 138/2006 (Sala Primera), de 8 mayo, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. María Emilia Casas Baamonde.

28 BOE del 28 de mayo, siendo Ponente la Magistrado Doña María Emilia Casas Baamonde.

3.3. Los derechos de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad en materia de retribuciones, como si se prestara efectivamente trabajo. El alcance de la libertad sindical. Discriminaciones por razón sindical o el coste personal por el ejercicio de un derecho fundamental. ¿Quién gana con la discriminación?

3.3.1. STC 30/2000

La STC 30/2000, de la Sala Segunda, de 31 enero²⁹, señala, igualmente, que la garantía de indemnidad proscribiera cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo), pues lo contrario supone un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho fundamental. Según el TC, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), las hipotéticas vulneraciones del art. 14 CE quedan subsumidas en el derecho reconocido en el art. 28.1 CE, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las circunstancias proscritas en el art. 14 CE.

Como dice el TC “...hemos de recordar, tal como hicimos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, de la Sala Primera³⁰, con cita de las anteriores SSTC 74/1998, de 31 de marzo, y 87/1998, que «este Tribunal, desde la STC 38/1981, ha venido subrayando cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo, del ejercicio de esa libertad» (F. 4). Asimismo, trae a colación la STC 95/1996, que indica que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (STC 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos».

29 BOE de 4 de marzo, de la que fue Ponente el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez,

30 BOE de 30 de octubre, de la que fue Ponente el Magistrado Don Álvaro Rodríguez Bereijo.

En consecuencia, concluye la STC 87/1998, de 21 de abril, de la Sala Primera³¹, citando la STC 74/1998, que «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa». Se trata de una «garantía de indemnidad», que veda «cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores» (STC 74/1998, de 31 de marzo, de la Sala Primera³²).

En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda «perjudicado» por el «desempeño legítimo de la actividad sindical»³³. Estando en juego un derecho fundamental sustantivo, el derecho de libertad sindical: art. 28.1 CE, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas.

3.3.2. STC 173/2001

En esta misma línea resulta ilustrativo el caso de la discriminación retributiva de un liberado sindical de CC.OO (Comisiones Obreras), o sea la falta de abono de un plus compensatorio de jornada partida, que perciben el resto de trabajadores (liberado de RENFE), y en tal sentido la STC 173/2001, de la Sala Primera, de 26 julio³⁴, reitera que... «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa»; se trata pues, de una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores. En todo caso, como viene sosteniéndose por el TC ... “se requiere «un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de

31 BOE de 20 de mayo, de la que fue Ponente el Magistrado Don Pedro Cruz Villalón.

32 BOE de 6 de mayo, de la que fue Ponente el Magistrado Don Enrique Ruiz Vadillo.

33 STC 17/1996, de 7 de febrero, de la Sala Segunda BOE de 2 de marzo, de la que fue Ponente el Magistrado Don José Gabaldon López

34 De la que fue Ponente: el Magistrado D. Fernando Garrido Falla, y en el mismo sentido la STC 214/2001 (Sala Segunda), de 29 octubre, de la que fue Ponente el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales».

No obstante, no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales, y tampoco confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo. En el art. 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros.

3.3.3. A esta serie de sentencias cabe agregar el caso de los despidos de los delegados de personal de CC.OO en la Mancomunidad das Terras do Navea Bibeí,³⁵ así como el caso del liberado sindical y de su derecho a mantener sus retribuciones anteriores ante la conducta empresarial consistente en la supresión de un complemento de puesto de trabajo³⁶, el cual recoge el principio de indemnidad retributiva en el ámbito de la tutela de la libertad sindical, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la filiación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores, y ello referido a un funcionario público liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales al que se le reconoce el derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo.³⁷

35 De los que trata la STC 17/2005, de la Sala Primera, de 1 febrero, de la que fue Ponente el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes;

36 A que se refiere la STC 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, de la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

37 Como nos dirá esta última STC: “La «garantía de indemnidad retributiva» veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (por todas, SSTC 17/1996, de 7 de febrero, F. 4; 74/1998, de 31 de marzo, F. 3; 214/2001, de 29 de octubre, F. 4; 111/2003, de 16 de junio, F. 5; 188/2004, de 2 de noviembre, F. 4; y 17/2005, de 1 de febrero, F. 2), debiendo recordar que... “el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 30/2000, de 31 de enero, F. 2; 111/2003, de 16 de junio, F. 5; 79/2004, de 5 de mayo, F. 3; y 92/2005, de 18 de abril, F. 3). Y...”la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE. Pues bien, el citado Convenio establece en su art. 1 que dichos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales». Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa -que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STC 38/1981, de 23 de noviembre)- establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función «sin pérdida de salario» (IV, 10.1 y 11.2; STC 92/2005, de 18 de abril, F. 3).

Otro supuesto de interés el caso de la decisión del INEM de no prorrogar la comisión de servicios otorgada a delegado sindical (de UGT) basada en el cese de las condiciones urgentes e inaplazables que en su día motivaron su concesión, y tratada en la STC 336/2005, de la Sala Primera, de 20 diciembre,

3.4. Liberado sindical y crédito de horas sindicales³⁸. Que el hecho de no prestar los servicios profesionales, o sea de no trabajar efectivamente, no suponga una merma salarial. La actividad sindical no debe volverse contra los intereses del trabajador.

La figura del denominado “liberado sindical” ha sido analizada por el TC en numerosas ocasiones, que ha reconocido y amparado el llamado crédito de horas sindicales, esto es, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, que constituye una facultad del representante necesaria para el desarrollo de tales funciones, cuya finalidad es, en palabras de la STC 40/1985, de 13 de marzo, de la Sala Segunda³⁹ (F.J. 2º), otorgarles «una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios»; la acumulación de los créditos horarios de los representantes con la posibilidad de poder dejar a alguno o algunos de ellos relevados o exentos de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, ya se encuentre prevista legal o convencionalmente, constituye, su utilización, una decisión interna de cada sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical en la empresa y fuera de ella. De ello se deduce, como se dijo en la STC 70/2000, de 13 de marzo...«que la privación empresarial de la facultad de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE al estar afectado el derecho de autoorganización sindical y el de actividad sindical del representante sindical».

Como reiterará el TC “...admitida, pues, la dimensión constitucional del derecho del delegado sindical, a disfrutar de un crédito de horas acumulado con liberación o exención de la prestación de servicios profesionales y sin perjuicio de su retribución, así como a no ser

de la que fue Ponente el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, la cual reitera la doctrina recogida en la STC 92/2005, de 18 de abril y de sus anteriores a partir de la STC 38/1981, de 23 de noviembre (F. 5).

38 De conformidad con el art. 68 d) del ET, los miembros del Comité de empresa y los delegados de personal, como representantes de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, entre otras, la siguiente garantía: Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con una escala...(pero) Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración. Téngase en cuenta, además, que la trasgresión por parte empresarial del crédito horario es calificada como infracción grave por el art 7º.8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8).

39 BOE de 19 de abril, siendo Ponente el Magistrado Don Francisco Pera Verdaguer.

discriminado, económica ni profesionalmente, por el ejercicio exclusivo de funciones sindicales, conviene recordar que este Tribunal ha reaccionado no ya sólo frente a decisiones de las Administraciones adoptadas en perjuicio de la situación profesional de los representantes sindicales y fundadas en la adquisición por éstos de la condición de liberado sindical, no dudando en tacharlas de lesivas del derecho de libertad sindical⁴⁰, sino que también ha otorgado amparo constitucional a representantes de los trabajadores, liberados sindicales, en supuestos en los que, al margen de cualquier motivación antisindical, concurrían perjuicios en sus condiciones económicas derivados concretamente de la falta de prestación de servicios profesionales que era consustancial a su condición de representante de los trabajadores en situación de liberados por razón sindical⁴¹

3.5. El efecto disuasorio de las discriminaciones en aras a ejercer o no derechos legítimos. El temor a las pérdidas salariales o incluso del mismo puesto de trabajo si se ejercen responsabilidades sindicales. ¿Quién querrá ser liberado sindical? Efectos indirectos sobre la misma libertad sindical colectivamente considerada. Una cosa es no estimular la libertad sindical y otra muy distinta es ponerle encima recargos o sanciones encubiertas. Dualidad de afectados: los representantes y los representados.

3.5.1. Como estima la STC 30/2000, de 31 de enero, siguiendo la STC 191/1998, «un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de

40STC 202/1997, de 25 de noviembre, de la Sala Primera. BOE de 30 de diciembre, siendo Ponente el Magistrado Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

41 Vid.SSTC 95/1996, de 29 de mayo, y 191/1998, de 29 de septiembre.

los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos⁴².

3.5.2. Posteriormente, la STC 55/2004 (Sala Primera), de 19 abril⁴³, recuerda cómo el temor a las represalias puede disuadir a los trabajadores de exigir sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial.

3.5.3. En el año siguiente, la STC 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre⁴⁴ volverá, una vez más, sobre el efecto disuasorio de las discriminaciones salariales y reiterará que “...un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Asimismo nos dirá que “...En las Sentencias a las que se acaba de hacer referencia hemos concretado el alcance de la garantía de indemnidad económica de los liberados sindicales, otorgando el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien veía negado un complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado.⁴⁵ Así, pues, conforme reiterada doctrina del TC, estando en juego un derecho

42 Como el TC viene diciendo desde las SSTC 70/1982 y 37/1983. Esta idea se recoge tal cual en la posterior STC 173/2001, de la Sala Primera, de 26 de julio, BOE de 14 de agosto, siendo Ponente el Magistrado Don Fernando Garrido Falla.

43 BOE de 18 de mayo, siendo Ponente el Magistrado D. Francisco Javier Delgado Barrio.

44 De la que fue Ponente la Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera.

45 *Vid.* por ej., la STC 173/2001, de 26 de julio, que otorgó el amparo en un caso en el que Renfe se negaba a abonar al trabajador liberado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia; también la STC 30/2000, de 31 de enero, que estimó igualmente el recurso de amparo en un supuesto en el que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a un policía en el momento en que fue liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales; y, finalmente, la STC 191/1998, de 29 de septiembre, que estimó también el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional desarrollada por él” agregando a todo lo anterior que “...Siendo cierto, como señalaba en un caso similar la STC 191/1998, de 29 de septiembre, F. 5, que no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de trabajo reclamado ante los órganos judiciales, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), no lo es menos que sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la

fundamental sustantivo, como aquí ocurre, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que debemos analizar la cuestión a la luz del derecho fundamental de libertad sindical para determinar si el hecho de privar al trabajador del complemento reclamado constituye o no una lesión de su derecho”, debiendo tener en cuenta que *“...la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo o a la indagación de factores psicológicos y subjetivos, siendo este elemento intencional irrelevante si se constata la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo para el bien o derecho objeto de tutela”*

De modo contundente, pues, concluye el TC recordando, una vez más que... *“el derecho de libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos”*.

3.5.4. Cabe traer a colación el caso de la denegación a un liberado sindical de la percepción del complemento de productividad en base a que el funcionario se dedicaba íntegramente a la actividad sindical⁴⁶ la cual nos recuerda que se ha *“...declarado reiteradamente que «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa”*. Se trata de una "garantía de indemnidad", que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si

razón o el argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas niegan al solicitante de amparo el derecho a percibir aquel complemento.

46 De la que se hace eco la STC 151/2006, de la Sala Primera, de 22 mayo y de la que fue Ponente el Magistrado D. Javier Delgado Barrio. En el mismo sentido la STC, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio) 2005, de la Sala Segunda, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical».

Con esta perspectiva de la garantía de indemnidad retributiva y de la evitación del efecto disuasorio o efecto desaliento debe analizarse la denegación al recurrente del complemento de productividad. No puede aceptarse, sin embargo, que el criterio determinante en nuestra doctrina⁴⁷ haya sido el de que el complemento retributivo estuviera vinculado al puesto de trabajo que el funcionario venía desempeñando antes de pasar a la situación de liberado sindical. La verdadera *ratio decidendi* de la doctrina del TC en este ámbito es la de evitar el menoscabo patrimonial del liberado sindical y el efecto disuasorio que ese perjuicio retributivo podría provocar en el ejercicio de la libertad sindical.

En conclusión: *“Es claro que tal imposibilidad puede provocar un efecto disuasorio de la dedicación al desarrollo de tareas sindicales dado que esta actuación determinará la imposibilidad de cumplir los requisitos a los que las normas reguladoras del complemento de productividad vinculan la obtención de este concepto retributivo. El funcionario que en el ámbito de sus decisiones vitales y, en concreto, profesionales otorgara un valor determinante a la percepción de ese complemento como medio de obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia, optaría por no dedicarse a la actividad sindical como liberado. Así pues, aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que «percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias» (STC 173/2001, de 26 de julio , F. 6), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica «un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo» (STC 92/2005, de 18 de abril , F. 5); garantía de indemnidad que ha sido vulnerada, primero,*

47 Se refiere a las SSTC 173/2001, de 26 de julio; 92/2005, de 18 de abril; y 326/2005, de 12 de diciembre. Vid., en el mismo sentido la STC, Sala Segunda, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio), resolviendo recurso de amparo 1883-2012, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho., donde leemos que “aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que 'percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias' (STC 173/2001, de 26 de julio, FJ 6), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica 'un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo”.

por las resoluciones administrativas que denegaron el complemento controvertido y, después, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada”.

3.5.5. De modo más claro todavía es el supuesto de manifiesta persecución sindical por parte del empresario, a la que se refiere la STC 2/2009, de la Sala Segunda, de 12 de enero⁴⁸, la cual acaba considerando que la STSJ de Andalucía, de 28 de abril de 2005, que estimó parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por la empresa, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que había declarado nulo el despido del demandante de amparo por apreciar indicios suficientes de la persecución sindical denunciada, había vulnerado el derecho a la libertad sindical del recurrente (art. 28.1 CE) en relación con el art. 24.1 CE. Y ello en atención a 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; pues este menoscabo se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza ⁴⁹

Pero, como hemos visto ya en anteriores ocasiones o supuestos, para determinar si la medida acordada por la empresa de despedir al trabajador (tras una serie de sanciones escalonadas) responde o no a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es necesario aplicar, una vez más, la doctrina sentada por reiterada doctrina del mismo TC 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

48 BOE de 13 de febrero de 2009, resolviendo Recurso de amparo 4319/2005, siendo Ponente el Magistrado Don Eugeni Gay Montalvo. Quedó probado que, en un corto periodo de tiempo, e inmediatamente después de su nombramiento como delegado de personal, el demandante de amparo fue objeto de sucesivas sanciones (que, posteriormente, fueron conciliadas judicialmente por improcedentes), así como de una imposición arbitraria de vacaciones (que fue impugnada por el recurrente en ejercicio de sus funciones sindicales obteniendo una Sentencia favorable). Asimismo, y como consecuencia de la subrogación de la plantilla de Hondy Motors, S.A., en la empresa Ksell Motors, S.L., fue aislado del resto de sus compañeros de trabajo, revocándose posteriormente su cargo de representante en una asamblea, que no presidió, convocada únicamente por los cuatro trabajadores que quedaban en la plantilla de Hondy Motors, S.A (tres de ellos vinculados a la dirección de la empresa). Finalmente fue despedido por pretendidas razones de reducción de plantilla, así como por falta de puntualidad y asistencia. Se da el caso de que la empresa reconoció en todo momento la improcedencia, no sólo de las sanciones que impuso en su momento, sino también la del despido cuestionado en el proceso a quo (lo que supone la inexistencia de causa real del mismo) conforman, de forma evidente, la existencia de un panorama indiciario suficiente como para que opere la inversión de la carga de la prueba.

Vid. en este mismo sentido la citada STC, 100/2014, de 23 de junio (BOE del 22 de julio), de la Sala Segunda, resolviendo Recurso de amparo 1883-2012, siendo Ponente el Magistrado Don Ricardo Enríquez Sancho.

49 Vid. entre otras muchas, las SSTC 137/2008, de 27 de octubre, FJ 2; 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2.

puedan lesionarlo. En efecto-sigue aclarando esta STC-, 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.⁵⁰

Por esta razón se ha señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, o sea, 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.⁵¹

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 indicios⁵² La mera negación de la motivación antisindical de las medidas no basta para desvirtuar los hechos probados, sobre todo teniendo en cuenta que las demandadas no intentaron en ningún momento probar la realidad de la existencia de causas objetivas que fundamentaran el despido, o su derivación de la propia naturaleza del trabajo o la concurrencia de un interés empresarial

50 Por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4, y 168/2006, de 5 de junio, FJ 4.

51 Por todas, STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4.

52 En tal sentido vid. SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 10 de noviembre, FJ 4; 17/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3.

concreto. En tales condiciones la falta de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental invocado.

3.6. La garantía de indemnidad y respeto a la libertad sindical en el ámbito de la Administración Pública. Ciertas modalizaciones. Ponderación de los intereses en juego. Una vez más sobre el efecto desalentador de las medidas discriminatorias o persecutorias contra los representantes sindicales. Sindicatos amigos y sindicatos no amigos. Cuando la ideología enturbia las relaciones sindicales en el ámbito de la Administración Pública y de las Empresas Públicas: una modalidad de injerencia.

3.6.1. La STC 265/2000, de la Sala Segunda, de 13 noviembre, ⁵³ trata del caso de la no asignación de plaza en una URE de la Seguridad Social (TGSS) a un liberado sindical y la confrontación de derechos constitucionales (art. 28.1 versus 103.1 CE⁵⁴) de un representante sindical de UGT, reiterando que se proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio de una actividad sindical, aunque no es una garantía ilimitada en la medida en que otros bienes o derechos constitucionales concurrentes pueden justificar ciertos sacrificios no desproporcionados: así, no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE, resultando en esta ocasión la preterición del solicitante desproporcionada por no resultar imprescindible para asegurar el fin perseguido de la eficacia.

Señala el Alto Tribunal que...”*La garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración pública proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical. Ahora bien, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal desde sus primeros años, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE es ilimitada. Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden, de esta forma, justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de indemnidad del representante sindical.*

53 De la que fue Ponente: el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez,

54 El art. 103. 1 CE señala: La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Debemos tomar en consideración, en este sentido, la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración pública (art. 103.1 CE), concurrencia que lleva a la aceptación de ciertos sacrificios o límites en la garantía de indemnidad sindical”.

Por de pronto, y de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la garantía de indemnidad del representante sindical no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE. Pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados⁵⁵, esto es, adecuados, indispensables y ponderados. Lo determinante es, como señal la STC 70/2000, en su F.J. 6, el efecto objetivamente desalentador que lleva aparejada una resolución desfavorable fundada en la condición de liberado sindical del empleado público. Y ese efecto desalentador es indudable que concurre en quien, obteniendo la máxima puntuación en un procedimiento selectivo, no resulta designado para ocupar la plaza deseada, precisamente por su condición de «representante sindical liberado». En última instancia, la eficacia de la Unidad de Recaudación Ejecutiva no depende de la adjudicación del puesto controvertido a un funcionario con obligación de presencia; pues el mismo nivel de eficacia se puede alcanzar, aun adjudicando la plaza a un «liberado sindical», mediante la atribución temporal de funciones a otro funcionario o mediante la adscripción de otro puesto de trabajo a la Unidad de Recaudación Ejecutiva.

3.6.2. Cabe aludir también aquí al caso de la eliminación de tareas del Técnico de Protección Civil por mor de sus responsabilidades sindicales a que hace referencia el Auto del Tribunal Constitucional 178/2003 (Sala Segunda , Sección 3ª), de 2 junio, y que señala que se proscribe todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio de una actividad sindical, aunque no es una garantía ilimitada en la medida en que otros bienes o derechos constitucionales concurrentes pueden justificar ciertos sacrificios no desproporcionados: así, no

⁵⁵ STC 70/2000, de 13 de marzo, F. 7.

excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE⁵⁶.

3.6.3. Otro caso llamativo en el ámbito de la Administración Pública es el caso de la decisión del INEM (en la actualidad Servicio Público de Empleo Estatal) de no prorrogar la comisión de servicios otorgada a un delegado sindical (de UGT) basada en el cese de las condiciones urgentes e inaplazables que en su día motivaron su concesión, y que se analiza en la STC 336/2005, de la Sala Primera, de 20 diciembre⁵⁷, la cual parte de que...”La circunstancia de que en el presente caso sea empleadora la Administración pública no merma el derecho a la libertad sindical del personal a su servicio. Así, en la STC 265/2000, de 13 de noviembre, ya recordábamos que «al igual que ocurre con los demás trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración pública proscribire todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical. Si bien también advertíamos en la citada Sentencia que, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal desde sus primeros años, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE, es ilimitada.

Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden, de esta forma, justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de indemnidad del representante sindical. Por ello en los casos en los que las Administraciones públicas ocupan la posición de empleadoras, la concurrencia del derecho fundamental a la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración (art. 103.1 CE), debe tener como primera cuestión de análisis, la ponderación de los intereses en juego. De

⁵⁶ Se sostiene en la demanda que la decisión de dejar sin efecto la asignación al recurrente en amparo de las tareas de técnico de protección civil fue motivada por su actuación como representante sindical, señalándose que...”Es reiterada doctrina constitucional que al igual que ocurre con los demás trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sindicales en la Administración Pública proscribire todo perjuicio funcional que tenga su causa, precisamente, en el ejercicio legítimo de una actividad sindical (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, F. 4; 191/1998, de 29 de septiembre, F. 4). Ahora bien, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando este Tribunal, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28.1 CE es ilimitada. Otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden de esta forma justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de la indemnidad del representante sindical. En este sentido, ha de tomarse en consideración la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público (art. 28.1 CE) y el mandato de eficacia en la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 CE), concurrencia que lleva a la aceptación de ciertos sacrificios o límites en la garantía de la indemnidad sindical, pues ésta no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la Administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia que impone el art. 103.1 CE (SSTC 70/2000, de 13 de marzo, F. 7; 265/2000, de 13 de noviembre.

⁵⁷ BOE de 20 de enero de 2016, de la que fue Ponente el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE. Pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y ponderados, según hemos dicho para otros derechos fundamentales. En este caso el TC acaba señalando *“inferimos con seguridad del propio tenor literal de los documentos que obran en autos que, sin perjuicio de otras motivaciones, la causa última de la decisión de no prorrogar la comisión de servicios fue precisamente la condición de liberado sindical del actor, dado que la propia Administración estaba dispuesta a continuar con la situación si el empleado renunciaba a su condición de liberado, deduciéndose de este ofrecimiento, como ha manifestado certeramente el Ministerio Fiscal, que, en realidad las circunstancias de urgente necesidad que había motivado en su momento la concesión de la comisión de servicios continuaban, al menos de forma suficiente para prorrogar dicha comisión, ya que de otra forma no podría acordarse su prórroga”*⁵⁸.

4. UN SUPUESTO PARADIGMATICO. EL DERECHO A LA INDEMNIDAD ECONÓMICA Y PROFESIONAL: DEL LIBERADO SINDICAL Y A LA PROMOCIÓN LABORAL. CONSIDERACIONES AL HILO DE LA STC 90/2008, DE LA SALA PRIMERA, DE 21 DE JULIO⁵⁹

Como ha reiterado el TC en infinidad de sentencias que no hace falta citar ahora... *“Si un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico de presente (o de futuro, cual es el caso comentado, al no permitirle un ascenso) cuando percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el*

⁵⁸ Guarda cierta analogía-advierte el TC- con el presente caso la doctrina de la STC 70/2000, de 13 de marzo, y también con la de la STC 241/2005, de 10 de octubre.

⁵⁹ BOE de 19 de agosto, de la que fue Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio. Vid. en el mismo sentido las SSTC 137/2008, de 27 de octubre (BOE de 21 de noviembre), resolviendo Recurso de amparo 1633/2007, siendo Ponente el Magistrado Don Eugeni Gay Montalvo , la 178/2008, de 22 de diciembre (BOE de 24 de enero de 2009), resolviendo Recurso de amparo 9111-2005, siendo Ponente la Magistrada Doña Elisa Pérez Vera y la 179/2008, de 22 de diciembre (BOE de 24 de enero de 2009), resolviendo Recurso de amparo 3142/2006, siendo Ponente la Magistrada Doña Elisa Pérez Vera

menoscabo económico, sino que puede proyectarse, asimismo, sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos”.

4.1. CUESTIONES PREVIAS

La presente STC resuelve el recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2006, que desestimó un recurso de apelación , interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida de 19 de septiembre de 2005, recaída en procedimiento seguido contra la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura de fecha 5 de octubre de 2004, por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraban el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

4. 2. HECHOS ANTECEDENTES:

El recurrente en amparo era funcionario de la Junta de Extremadura desde el 1 de mayo de 1985, para la que había prestado sus servicios en distintas Consejerías, en aquel momento, en la de Educación, Ciencia y Tecnología, con la categoría de jefe de negociado. También había desempeñado cargos sindicales como liberado sindical a tiempo completo por cuenta de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de la Unión Regional de Comisiones Obreras de Extremadura, desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 15 de julio de 1995, y desde el 20 de septiembre de 1996 hasta el 15 de abril de 2002.

Mediante Orden de 14 de junio de 2004, de la Consejería de Presidencia de la citada Junta (DOE de 17 de junio), se convocó provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario de la Junta de Extremadura por el procedimiento de concurso⁶⁰.

⁶⁰ En la base cuarta, apartado B-2, se establecía que la experiencia se valoraría con 0,60 puntos por año completo o fracción superior a seis meses, hasta un máximo de 4 puntos, y en la base quinta, se indicaba que el mérito de experiencia profesional debía ser acreditado por el interesado mediante certificación expedida por el Secretario General de la Consejería correspondiente.

A petición del recurrente fue expedido, con fecha de 5 de agosto de 2004, por la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia, certificado de experiencias y méritos, en el que no se computó el tiempo de liberación sindical.

Mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2004, el recurrente solicitó la emisión de nuevo certificado con el objeto de que tal periodo de tiempo le fuese acreditado como mérito de experiencia profesional.

Por Resolución de 5 de octubre de 2004 se desestimó por la Secretaría General su petición al considerar que el tiempo durante el cual permaneció como liberado sindical no podía ser valorado como experiencia, ya que esta última equivale a ejercicio efectivo de funciones y realización de los actos propios de la profesión.

El recurrente formuló Recurso Contencioso-Administrativo al considerarla contraria a derecho, alegando la vulneración del derecho a la igualdad y del principio de indemnidad económica y profesional que conlleva el ejercicio de la libertad sindical ex art. 28.1 CE.

El anterior recurso fue desestimado por Sentencia de 19 de septiembre de 2005, que confirmó lo decidido por la Administración demandada, al entender que la experiencia equivalía al ejercicio efectivo de funciones y que no podía considerarse como tal el periodo en el que el trabajador se encontraba en situación de liberado sindical a tiempo completo, sin perjuicio de que se tuviese en cuenta a los efectos de antigüedad y otros derechos inherentes a la permanencia en el servicio activo.

Contra la anterior resolución judicial interpuso Recurso de Apelación, igualmente desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2006, que confirmó lo decidido en la instancia.

El recurrente en amparo alega vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), por entender que la falta de cómputo a efectos de experiencia profesional del tiempo que ha permanecido como liberado sindical afecta a su derecho de indemnidad económica y profesional y considera que en el caso de autos se ha realizado una rigurosa interpretación sobre la prestación efectiva de servicios, que no se corresponde con la mantenida por la Administración en casos similares, como los permisos de maternidad, vacaciones o incapacidad laboral, en los que los respectivos periodos de tiempo sin prestación efectiva de servicios se certifican como experiencia profesional. Recuerda, conforme reiterada doctrina constitucional, que los representantes tienen reconocida la garantía a no ser discriminados en su promoción profesional y económica, y entiende que en este caso el

sacrificio que se le impone al funcionario por haber estado un tiempo de su prestación de servicios en situación de liberado sindical, no guarda relación alguna con la eficacia administrativa y, por lo tanto, no es proporcional, ponderado, indispensable o idóneo.

Por todo ello, considera que las resoluciones judiciales impugnadas son manifiestamente contrarias al derecho a la libertad sindical y al derecho a no ser discriminados sin justificación.

El Ministerio Fiscal interesa que se otorgue el amparo solicitado por lesión del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), recordando reiterada doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad.⁶¹. Concluye diciendo que no cabe duda que denegarle al recurrente el cómputo del periodo que estuvo liberado a efectos de valorarle la experiencia es claramente una limitación de su derecho profesional a la promoción en el trabajo, que debe ser protegido junto a los derechos económicos para que la garantía de indemnidad sea plenamente efectiva.

4. 3. FUNDAMENTACIONES JURIDICAS DE LA STC 90/2008.

4.3.1. ACTIVIDAD SINDICAL COMO LIBERADO A FAVOR DE SUS COMPAÑEROS VERSUS TRABAJO EFECTIVO EN FAVOR DE SU EMPRESA: O UNA U OTRA. PROTECCION FRENTE AL MENOSCABO PROFESIONAL Y ECONOMICO

1ª) *Las resoluciones impugnadas rechazaron su pretensión sobre la base de que la falta de trabajo efectivo durante su liberación sindical resultaba incompatible con la adquisición de la experiencia que se valoraba en la convocatoria.*

El recurrente considera que tales resoluciones judiciales vulneran su derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE), suponiendo un perjuicio económico y profesional incompatible con la garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la actividad sindical.

⁶¹ Cita en su apoyo las SSTC 191/1998 y 200/2007. También destaca que no es la primera vez que ante el TC se somete a consideración un razonamiento similar supeditando el reconocimiento de algún derecho de los liberados sindicales a la efectiva prestación del servicio, y que la solución dada ha sido la de entender que no procede limitación alguna al derecho de los que temporalmente están ejerciendo funciones sindicales y están liberados del desempeño habitual de su trabajo, considerando que cualquier limitación que se adopte que tenga su razón de ser exclusivamente en su condición, conllevará la merma del derecho fundamental a la libertad sindical

El Ministerio Fiscal aprecia que asiste la razón al recurrente en su queja e interesa el otorgamiento del amparo por lesión del derecho a la libertad sindical.

Está claro que el recurrente tiene derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el trabajo por razón de la actividad sindical que viene desarrollando, estando vedado cualquier menoscabo económico o profesional que tenga por causa el ejercicio legítimo de sus funciones representativas sindicales.

2ª) *Las necesarias garantías para la libertad sindical en sentido individual y colectivo.*

Conviene recordar que el TC ha venido reiterando, desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Y entre ellas figura la de la indemnidad, 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, lo que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores ⁶²

El derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, lo que no sólo repercute en el representante que soporta dicho menoscabo, sino que, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, se proyecta contra la organización correspondiente, afectando a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos ⁶³

62 Por todas, SSTC 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2.

63 De la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5. Como señala la STC 100/2014, de 23 de junio, de la Sala Segunda, (BOE del 22 de julio), de la que es Ponente el Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho “ el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, es que no se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. Como señalamos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5, una vez que se esgrime para la no concesión del complemento de productividad su condición de liberado sindical, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia se detiene en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical”. Vid. asimismo la STC 148/2015, de la Sala Primera, de 6 de julio de 2015 (BOE del 14 de agosto), resolviendo Recurso de amparo 5098-2012, de la que es Ponente el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos.

3^a) *La cuestión de la eficacia de la Administración Pública y los posibles sacrificios justificados y proporcionales que puede llegar a sufrir el Representante de los trabajadores.*

Como sucede con los demás derechos fundamentales, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la Administración Pública. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la CE, pero habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados⁶⁴.

4^a) *Crédito sindical y experiencia laboral a efectos de ascenso mediante concurso. Puntos a considerar. ¿el tiempo de liberado sindical se puede asimilar al trabajo efectivo y experiencia profesional a efectos de ascenso? Se trata de compensar al liberado sindical con la asimilación de su tiempo al tiempo efectivo de trabajo, pues de otro modo al terminar su acción sindical se quedaría claramente retrasado en sus derechos profesionales y económicos y demás expectativas de futuro*

Corresponde determinar al TC si la decisión impugnada vulneró el art. 28.1 CE al no haberse tenido en cuenta como mérito de experiencia profesional para participar en una provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario mediante concurso, el tiempo en el que el recurrente ejerció sus funciones sindicales como liberado sindical a tiempo completo. Como quedó expuesto, las resoluciones judiciales impugnadas, confirmando lo decidido por la Administración demandada, justifican la denegación al recurrente de su solicitud, por la falta de trabajo efectivo durante el tiempo que duró la liberación sindical, lo que, a juicio de aquéllas, es óbice para computar ese periodo como experiencia profesional. Sin embargo, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia del TC, no puede aceptarse el criterio mantenido por suponer la vulneración de la garantía de indemnidad sindical, del derecho a no sufrir por razón de la actividad sindical, menoscabo en su situación profesional o económica en la empresa.

64 Vid. SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 5; 336/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; y 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2.

5ª) Otorgamiento de amparo constitucional al liberado sindical frente a lesiones a la libertad sindical al perjudicar al liberado en sus derechos laborales. La falta de prestación efectiva de trabajo es consustancial a la actividad de liberado sindical. Cambio del trabajo efectivo productivo por el propio de la actividad sindical a favor de los trabajadores de la empresa. Aunque suponga una carga para la empresa (cuestión distinta es el modo de mantener al día al liberado sindical en las técnicas propias de su categoría a través de curso de reciclaje o puesta al día).

El TC ha tenido ya la oportunidad de reaccionar frente a decisiones de las Administraciones adoptadas en perjuicio de la situación profesional de los representantes sindicales y fundadas en la adquisición por éstos de la condición de liberado sindical, no dudando en tacharlas de lesivas del derecho de libertad sindical ⁶⁵, y también ha otorgado amparo constitucional a representantes de los trabajadores, liberados sindicales, en supuestos en los que, al margen de cualquier motivación antisindical, concurrían perjuicios en sus condiciones económicas derivados concretamente de la falta de prestación de servicios profesionales que era consustancial a su condición de representante de los trabajadores en situación de liberado por razón sindical ⁶⁶

En otras palabras: o el recurrente se dedica a la actividad sindical o se dedica a la prestación de sus servicios, siendo otros o nadie quienes se dediquen a defender los intereses de la clase trabajadora (precisamente en España es muy bajo el nivel de afiliación sindical y existen muchísimas empresas de escasas dimensiones carentes de representantes de los trabajadores, de lo cual es una prueba más que palmaria la dicción del art.41. 4⁶⁷ del ET en materia de quien ha de representar a los trabajadores carentes de representación en los supuestos de consultas previas a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Los menoscabos profesionales no pueden volverse contra el representante sindical que actúa tanto el interés colectivo como el individual de la tutela de la libertad sindical.

65 Vid. SSTC 202/1997, de 25 de noviembre; 241/2005, de 10 de octubre; 336/2005, de 20 de diciembre; 144/2006, de 8 de mayo; y 257/2007, de 17 de diciembre.

66 Vid. SSTC 191/1998, de 29 de septiembre; 30/2000, de 31 de enero; 92/2005, de 18 de abril; y 151/2006, de 22 de mayo.

67 A este mismo precepto se remiten los siguientes preceptos del mismo ET: art. 40.2, en materia de Movilidad geográfica; el art. 47.1, en materia de Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor; el art. 51.2, en materia de Despido colectivo y el art. art. 82.3 (Concepto y eficacia de los convenios colectivos), en los casos de tramitación de inaplicación parcial de un Convenio Colectivo en una Empresa concreta, por razones o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A la misma conclusión ha de llegarse en este caso, ya que el recurrente, debido a que ha estado relevado del servicio como liberado sindical para realizar funciones sindicales, ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional, al no poder alegar como mérito para su valoración en el concurso el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas. Con ello, indirectamente, se le obliga a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical, colocándolo en el trance de sacrificar ésta y reincorporarse a su puesto de trabajo para que se le puede aplicar, del mismo modo que al resto de los trabajadores, las bases de la convocatoria del concurso que evalúan los méritos a efectos de promoción interna.

6ª) La decisión de la Administración Pública ataca frontalmente el derecho a la libertad sindical, pues coarta a los trabajadores para desarrollar las funciones sindicales si ello les ha de repercutir negativamente en su carrera profesional. La labor del liberado sindical no ataca la eficacia de la Administración como tal.

La postura mantenida por la Administración (avalada judicialmente), que no encuentra en este caso justificación en la preservación de la eficacia administrativa, constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho a la libertad sindical. De un lado, por su potencial efecto disuasorio para el trabajador que realiza la actividad sindical, que ve limitada sus posibilidades de promoción profesional y movilidad; y, de otro lado, por la proyección que tiene sobre la organización sindical correspondiente, afectando a la labor de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE le encomienda en su art. 7 y que lleva a cabo en gran medida a través de sus representantes sindicales.

4.4. CONCLUSION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se concluye, pues, que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) desde la perspectiva de la garantía de indemnidad al haberse provocado al recurrente un menoscabo profesional por razón de su actividad sindical, deparándole un diferente trato injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. O como leemos en las citadas SSTC 178 y 179/2008...”el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, y avalado judicialmente por las Sentencias impugnadas en amparo, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente (art. 28.1 CE), puesto que, por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e

injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. Sacrificio que, contra lo sostenido por la Administración y los órganos judiciales, no encuentra justificación en la preservación de la eficacia administrativa, puesto que no aparece como una medida idónea, necesaria y, en definitiva, proporcionada para alcanzar el fin previsto”. Por ello se otorga el amparo solicitado por el trabajador, reconociendo el derecho fundamental del recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

5. BREVE EPILOGO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIDAD SINDICAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Aunque son múltiples los casos que han llegado hasta el Tribunal Constitucional desde 1981 hasta la fecha, solamente dejamos breve constancia de algunas de sus tesis que tienen relación con los casos expuestos.

1. Los derechos de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad en materia de retribuciones, como si se hubiera producido una efectiva prestación de trabajo durante todo el tiempo en que el representante de los trabajadores hubiera estado liberado de trabajo. Alcance de la libertad sindical. Discriminaciones por razón sindical o el coste personal por el ejercicio de un derecho fundamental. ¿Quién gana con la discriminación?

1.1. Nos recuerda la STC 191/1998 que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende, principalmente, el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (siguiendo la estela de la STC 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos».

1.2. En los planos constitucional e internacional y tal y como señala la STC 144/2006, de la Sala Segunda, de 8 de mayo, “la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. La protección contra el perjuicio de todo orden que pueda recaer sobre

el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa.

1.3. ¿Deben los representantes de los trabajadores soportar consecuencias negativas por el hecho de cumplir con sus derechos/deberes de representación del interés colectivo? En tal sentido el TC reitera, una y otra vez, que el derecho individual y colectivo a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda «perjudicado» por el «desempeño legítimo de la actividad sindical» (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, entre otras)

1.4. No a la discriminación o trato peyorativo, por lo que la STC núm. 30/2000 (Sala Segunda), de 31 enero, señala, que la garantía de indemnidad proscribiera cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo), pues lo contrario supone o supondría un obstáculo objetivamente constatable y difícilmente salvable para la efectividad del derecho fundamental.

1.5. No obstante lo anterior, todo puede tener sus límites, y así la citada STC núm. 214/2001 (Sala Segunda), de 29 octubre precisa que, en todo caso. “no hay que olvidar que la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales, y tampoco confiere a los representantes sindicales, como ya hemos dicho, el derecho a la intangibilidad de su puesto o condiciones de trabajo”.

1.6. La cuestión es también predicable en el ámbito del sector público, y así la STC. 326/2005, de la Sala Segunda, de 12 diciembre, recoge este principio de indemnidad retributiva en el ámbito de la tutela de la libertad sindical, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la filiación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores, y ello referido a un funcionario público liberado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales al que se le reconoce el derecho a mantener la misma retribución que cuando prestaba efectivamente el trabajo, pues lo contrario supone un obstáculo objetivo constatable para la efectividad del derecho fundamental.

2. Liberado sindical y crédito de horas sindicales. Que el hecho de no prestar los servicios profesionales, o sea de no trabajar efectivamente, no suponga una merma salarial. La actividad sindical no debe volverse en contra de los intereses salariales del trabajador.

La figura del denominado “liberado sindical” ha sido analizada reiteradamente por el TC, que ha reconocido y amparado el llamado crédito de horas sindicales, esto es, el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales, que constituye una facultad del representante necesaria para el desarrollo de tales funciones, cuya finalidad es, en palabras de la STC 40/1985, de 13 de marzo (F. 2), otorgarles «una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios»; la acumulación de los créditos horarios de los representantes con la posibilidad de poder dejar a alguno o algunos de ellos relevados o exentos de la prestación de trabajo, sin perjuicio de su remuneración, ya se encuentre prevista legal o convencionalmente, constituye, su utilización, una decisión interna de cada sindicato en aras de un eficaz desarrollo de su actividad sindical en la empresa y fuera de ella. De ello se deduce, como se dijo en la STC 70/2000, de 13 de marzo... «que la privación empresarial de la facultad de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE al estar afectado el derecho de autoorganización sindical y el de actividad sindical del representante sindical».

3. El efecto disuasorio de las discriminaciones en aras a ejercer o no derechos legítimos. El temor a las pérdidas salariales o del mismo puesto de trabajo si se ejercen responsabilidades sindicales. ¿Quién querrá ser liberado sindical? Efectos indirectos sobre la misma libertad sindical colectivamente considerada. La garantía de indemnidad y respeto a la libertad sindical en el ámbito de la Administración Pública. Ciertas modalizaciones. Ponderación de los intereses en juego. Una vez más sobre el efecto desalentador de las medidas discriminatorias o persecutorias contra los representantes sindicales.

Una cosa es no estimular la libertad sindical y otra muy distinta es ponerle encima recargos o sanciones encubiertas. Un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que

cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos⁶⁸.

68 Vid. en tal sentido: STC 30/2000, de 31 de enero (siguiendo la STC 191/1998); STC 173/2001, de 26 de julio; STC 92/2005, de 18 de abril F. 5) STC 326/2005, de 12 diciembre y. STC 151/2006, de 22 mayo.