

entre las que la sentencia comprende el recurso de casación —incorporado por el artículo 14 aludido—, son las razones sobre las que se asienta la inconstitucionalidad. La indefensión, entendida como aquella situación en que puede situarse a una parte en el proceso que le imposibilita o limite sustancialmente los medios de defensa, no tiene aquí sustantividad diferenciada de la otra referencia a la indisponibilidad del recurso de casación. Sin dejar de recordar aquí que los procesados —una vez abierta la casación— no están privados del ejercicio de los medios legales suficientes para su defensa, y por tanto, no puede decirse que sufran indefensión es el momento de considerar lo que se enuncia aludiendo a la paridad de las partes y al recurso a un tribunal superior. Por supuesto, que la contradicción precisa, por principio, una paridad de armas, de modo que la restricción de los medios de defensa frente a los de la acusación, conculcaría las garantías que constituyen la esencialidad del derecho al proceso debido. La exclusividad de la iniciativa de la casación al Ministerio Fiscal, garantizando a los procesados —si se hiciera valer dicha iniciativa— los medios de defensa en paridad con la acusación, no entraña vulneración del principio de contradicción, ni recortes generadores de indefensión. Las peculiaridades de la casación penal frente a las sentencias dictadas en única instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar y el papel institucional que la Constitución —y las leyes— atribuyen al Ministerio Fiscal, pueden justificar que se reserve a éste la iniciativa de la casación en casos de condenas que no comportan la baja en el ejército y que el recurso de casación se abra también a los condenados en caso de que la condena lleve aparejada la baja. Primero, porque la instauración misma de la casación ante el Tribunal Supremo va a implicar una innovación capital de la jurisdicción militar —que aun ceñida al ámbito castrense, tal como manda el artículo 117.5 de la Constitución—, se conduce a la unidad jurisdiccional, mediante el sometimiento a un Tribunal —el Tribunal Supremo— órgano jurisdiccional superior, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución). Segundo, porque en este recurso, al Tribunal Supremo se le encomienda, ante todo, una función de defensa de la legalidad, aunque, ciertamente, la institución tiene otros alcances de los que ahora no es menester detenerse. Tercero, porque el Ministerio Fiscal, cualquiera que sea la construcción doctrinal que explique el tratamiento del Ministerio Fiscal en el proceso, no es una parte privada. Le corresponde, entre otros cometidos, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (artículo 124.1 de la Constitución). En este sentido, me parece que reservar la iniciativa de la casación al Ministerio Fiscal en las condenas que no comportan la baja del ejército, y abrirla a la iniciativa de los condenados a penas que llevan consigo la separación y que, por tanto, afectan más intensamente a los derechos de los sometidos al proceso, no está desprovisto de justificación. Del derecho al proceso con todas las garantías —que dice el artículo 24.2— no creo que pueda derivarse que los condenados a las penas menores deben tener el mismo régimen que el Ministerio Fiscal en cuanto a la iniciativa de la casación. Su garantía está en que, abierta la casación, contengan en ella con paridad de armas.

Cuarto.—La interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas adquieren una singular dimensión en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución. Los Convenios —y los tratados y acuerdos— en materia de derechos fundamentales, una vez publicados oficialmente en España, según lo que dispone el artículo 96 también de la Constitución, forman parte del ordenamiento jurídico. Son, por tanto, de aplicación directa, pero, a la vez, las dificultades interpretativas que pudieran ofrecer las normas relativas a estos derechos y libertades deberán afrontarse acudiendo a la interpretación que proporcionen los indicados convenios, tratados o acuerdos. Como en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y que la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley», se hace preciso analizar si el indicado precepto bien por aplicación directa bien con valor interpretativo incorpora al cuadro de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución «el recurso a un tribunal superior». Se comprende que cuando en el sistema procesal está establecido un recurso, la denegación del acceso al mismo, podrá entrañar la violación de una garantía que hace posible, si fuera menester, el amparo constitucional (artículos 41 y siguientes de la LOTC) en defensa del derecho que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución. Pero, no genera indicado artículo 14.5, la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones procesales que atribuyendo en única instancia el enjuiciamiento penal, no arbitran el acceso a un tribunal superior. El artículo 14.5 no incorpora, desde su integración en el ordenamiento español, un sistema de recursos que, mediante la mención en el artículo 24.2 del derecho a un proceso público «con todas las garantías», acarree la inconstitucionalidad. La cuestión es, si desde la Constitución, todas las limitaciones que respecto a otra instancia penal o a un recurso superior estén establecidas o se establezcan, deben entenderse como contrarias al artículo 24.2. El puro razonamiento de que todas las garantías que dice este precepto comprende el del artículo 14.5 y desde aquí la prevalencia de este precepto no es para mí convincente. Las dificultades interpretativas de las normas relativas al derecho a la tutela jurisdiccional, y del derecho al proceso podrán afrontarse —deberán afrontarse— en favor de la interpretación que proporcionen los tratados, convenios o acuerdos, mas no confiere a éstos un efecto abrogans respecto de regulaciones que, como la cuestionada, está recogida en una Ley Orgánica posconstitucional.

Estas son las consideraciones que me han llevado a disentir de la decisión mayoritaria. No encuentro en el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, motivo de inconstitucionalidad. Opino que hubiera sido procedente un fallo desestimatorio, interpretando la adhesión en la casación, en el caso enjuiciado, en los términos que se recogen en el fundamento segundo de este voto.

Madrid a veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.—Firmado: Jerónimo Arozamena Sierra.—Rubricado.

1577 Sala Primera. Recurso de amparo número 224/1981
Sentencia número 77/1982, de 20 de diciembre.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 224/1981, promovido por la Sociedad Información y Prensa, S. A. (I. y P., S. A.), representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección del Letrado don Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande, contra la denegación presunta por silencio administrativo de la petición deducida ante la Secretaría de Estado para la Información el día 29 de septiembre de 1980 y las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (número 12843) de la Audiencia Nacional y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981, desestimatoria del recurso de apelación (número 37.974/1981) formulado contra dicha primera sentencia. En el recurso han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, y ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Díez de Velasco Vallejo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El 30 de mayo de 1980 el Presidente de la Federación de Asociaciones de la Prensa presentaba una denuncia ante la Secretaría de Estado para la Información contra diversas publicaciones, y entre ellas «Diario 16», editado por «I. y P. So-

ciudad Anónima», en base a que dichas publicaciones aparecían y se vendían el lunes por la mañana. El Presidente de la Federación denunciante entendió que legalmente el derecho a la aparición en el día señalado quedaba reservado conforme a la legislación en vigor, a las llamadas «Hojas de Lunes».

La Secretaría de Estado para la Información acordó, a tenor de la denuncia antedicha, incoar expediente sancionador a «I. y P., S. A.», por resolución de 9 de julio de 1980. La Secretaría de Estado, en atención a las alegaciones de 29 y 30 de julio de la Empresa denunciada, resolvió el 4 de diciembre siguiente en el sentido de sobreseer el aludido expediente sancionador.

2. Estando aún pendiente de resolución tal expediente, «Información y Prensa, S. A.», presentó, con fecha de 29 de septiembre de 1980, escrito ante la Secretaría de Estado para la Información solicitando dictara resolución por la que se declarase su derecho, «como el de cualquier otra Empresa editora de publicaciones periódicas», a la edición, difusión y puesta a la venta libremente de sus publicaciones, conforme a su periodicidad propia y, en concreto, para el caso de «Diario 16» diariamente, sin restricción alguna, es decir, incluyendo los lunes por la mañana y, por tanto, la nulidad del artículo tercero de la Orden de 2 de marzo de 1968, relativa a normas sobre aparición de publicaciones periódicas diarias matutinas y vespertinas, así como del artículo 8, a) del Decreto 743/1966, de 31 de marzo, sobre clases y requisitos de los impresos, «en tanto que», en opinión de la solicitante, «limitan ilegítimamente la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones y, más específicamente aún, la de comunicación y recepción de información por cualquier medio de difusión».

3. Transcurrido el plazo de veinte días establecido por el artículo 8, número 1, de la Ley 62/1968, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, sin que la Administración resolviera expresamente sobre la petición señalada, «I. y P., S. A.», considerándola denegada presuntamente por silencio, interpuso recurso contencioso-administrativo.

tivo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Por sentencia de 6 de mayo de 1981, la Audiencia Nacional desestimó el recurso con base en los siguientes argumentos: a) la decisión de la Administración de no sancionar a «Información y Prensa, S. A.», y precisamente con fundamento expreso en la nulidad de los preceptos reglamentarios invocados por la Empresa editora, constituye evidentemente una implícita declaración de que en ese punto el ejercicio del derecho era legítimo; b) no es materia propia de la competencia administrativa formular por vía de acto singular declaraciones de derechos y su titularidad con efectos generales y «erga omnes»; c) no es posible obtener de la Administración una declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios invocados, ya que el pronunciamiento directamente inavajidatorio sólo cabía pronunciarlo bien mediante una impugnación jurisdiccional directa, bien en aplicación del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo y a través del procedimiento previsto en el Orden de 12 de diciembre de 1980, y d) en consecuencia, las peticiones formuladas por «I. y P., S. A.», deben reputarse satisfechas en la medida en que a la Administración le era posible hacerlo y en lo que de ello excediere la desestimación presunta de las mismas no puede reputarse contraria a derecho.

4. Contra la sentencia de la Audiencia Nacional interpuesto «I. y P., S. A.», recurso de apelación que fue desestimado a su vez por sentencia de 22 de junio de 1981 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo con base en fundamentos análogos a los de la Sala de instancia, de los que cabe destacar los siguientes: a) el sobreseimiento del expediente sancionador incoado a «Información y Prensa, S. A.», constituye un reconocimiento paladino de su pretensión, habiéndose limitado la actuación administrativa en ese caso al ámbito competencial que exclusivamente le corresponde, sobre todo si se tiene en cuenta lo que implicaría que un administrado, «uti singuli» considerado, pudiese pedir a la Administración una declaración «erga omnes» de toda la gama de preceptos derogados sin que hubiese una conculcación de normas por aquélla que implicasen una vulneración de derechos del administrado, pues ello sería tanto como reconocer una acción popular sin la pertinente legitimación; b) la Administración ni puede ni debe hacer declaraciones de tipo general sin normas infringidas y a su consideración sometidas sin más finalidad que la de constatar situaciones respetadas por aquélla, ya que ni hay legitimación procedente, ni conculcación posible, ni mucho menos daño para la Entidad en cuestión, como lo prueba que el diario que edita se venga publicando los lunes antes de las catorce horas; lo que implica un reconocimiento de tal posibilidad que no requiere constatación de otro tipo; c) no existe precepto alguno en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo que permita la posibilidad de que un administrado se dirija a la Administración en solicitud de que se declaren por esta los preceptos que constitucionalmente están derogados a partir de la entrada en vigor de tal supremacía, sobre todo cuando dichos preceptos ni se le aplican a la Entidad apelante para fundar una situación, ni mucho menos la misma ha sufrido lesión o daño alguno, ya que, por el contrario, se le ha declarado exenta de sanción por la publicación del diario que edita los lunes por la mañana, y d) a mayor abundamiento, no se coge la posibilidad de que el órgano administrativo ante quien se solicitaron las pretensiones analizadas pueda dejar sin efecto un Decreto y demás preceptos invocados, cuyo ámbito material y territorial escapan de su competencia.

5. Considerando que la sentencia aludida del Tribunal Supremo ponía fin a la vía judicial procedente, «I. y P., S. A.», presentó ante este Tribunal Constitucional (TC) recurso de amparo el 5 de agosto de 1981 tanto contra la denegación presunta de la petición inicial deducida ante la Secretaría de Estado para la Información, como contra las sentencias citadas de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

La demandante solicita que este T.C. dicte sentencia estimando íntegramente el recurso y otorgando el amparo correspondiente mediante los siguientes pronunciamientos: a) declarar nulas la denegación administrativa por silencio de la petición deducida ante la Secretaría de Estado para la Información el día 29 de septiembre de 1980, así como las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 1981 y de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981 en cuanto confirmaron la referida denegación administrativa por silencio y no dieron lugar al reconocimiento del derecho de «I. y P., S. A.», a la edición y difusión, sin restricción alguna, de sus publicaciones y, en concreto, del periódico «Diario 16» y, consecuentemente, no declararon formalmente derogados por la Constitución —en tanto que opuestos a aquel derecho fundamental— los artículos 8 a) del Decreto 743/1966, de 31 de marzo, sobre clases y requisitos de los impresos, y 3 de la Orden de 2 de marzo de 1968, sobre normas de aparición de publicaciones periódicas matutinas y vespertinas; b) reconocer el derecho de «I. y P., Sociedad Anónima», a editar, difundir y poner a la venta sin restricción alguna, es decir, libremente, sus publicaciones periódicas y, en concreto, el periódico «Diario 16», y c) declarar derogadas por la Constitución y, en concreto, en virtud de su disposición derogatoria (número 3), los artículos 8, a) del Decreto 743/1966, de 31 de marzo, y 3.º de la Orden de 2 de marzo de 1968, en tanto que opuestos al artículo 20, número 1.a) de la

Constitución (CE) y al contenido de los derechos fundamentales en dichos preceptos proclamados.

6. La demandante, tras advertir que el procedimiento que se corresponde con el presente recurso de amparo (y antes que el contencioso-administrativo) es únicamente el que debió tramitarse a resultas de su petición a la Secretaría de Estado para la Información el 29 de septiembre de 1980 y que no dio lugar a actuación administrativa alguna, fundamenta las pretensiones citadas en el punto anterior en una serie de argumentos que pasamos a recoger a continuación de modo sintético.

A) A juicio de la Sociedad solicitante del amparo, ésta ha de promoverse no sólo contra la decisión administrativa presunta, sino contra las resoluciones judiciales, toda vez que siendo aquélla una pura presunción para permitir el acceso a la vía judicial, las infracciones y violaciones de los derechos fundamentales, consagrados en el artículo 20, número 1, a) y d) de la C.E., deben imputarse (aparte de la pura inactividad administrativa determinante de la denegación por silencio de la petición formulada) también y en primer plano, es decir, de modo directo e inmediato, a las sentencias recaídas, en la medida en que éstas declaran en su fallo «ajustada a derecho» la denegación de tal petición, que hasta este momento se deducía sólo del silencio de la Administración, denegación que habría pasado a tener fuerza de cosa juzgada para «I. y P., Sociedad Anónima», si no la hubiese impugnado esta Empresa en amparo, con la consecuencia, además, de que tendría que cesar la publicación de «Diario 16» los lunes por la mañana.

B) La Sociedad demandante señala que los derechos constitucionales invocados ante la Administración Pública primero y luego ante la jurisdicción contenciosa en primera y segunda instancia son los reconocidos en los apartados a) y d) del artículo 20, número 1, de la CE, que tales derechos gozan de la tutela reforzada prevista en el artículo 53, número 2, del propio texto constitucional y que, en cuanto posiciones activas perfectas de los ciudadanos frente al Estado, legitiman a sus titulares para el ejercicio de acciones dirigidas al reconocimiento de las mismas y de su integridad.

C) La representación de «I. y P., S. A.», hace una larga exposición en la que defiende que la CE ha derogado cualquier limitación establecida por el ordenamiento preconstitucional al libre ejercicio de los derechos invocados por aquélla, y concluye afirmando que las disposiciones reglamentarias prohibitivas de la aparición de publicaciones periódicas de la mañana de los lunes son frontalmente contradictorias con la referida regulación constitucional y, por tanto, opuestas a la misma, de modo que debe entenderse derogada la exclusiva temporal establecida con anterioridad en favor de las «Hojas del Lunes».

D) La Sociedad demandante entiende que, en cuanto titular que es del derecho fundamental sancionado en el artículo 20, número 1, a) y d), de la CE, tiene un auténtico derecho a que se declare formalmente la integridad de aquél y que la desestimación de tal pretensión implica una vulneración del referido derecho fundamental. A tal efecto, insiste que no basta con que ese derecho le haya sido reconocido implícitamente en la resolución del expediente sancionador, tal como sostienen las sentencias impugnadas, ya que el exclusivo objeto de la litis era y es la conformidad o no a derecho de la denegación (a través de la técnica del silencio) de la petición de declaración de la integridad del derecho de «I. y P., S. A.», a la libre edición y difusión de sus publicaciones.

Es más, sigue diciendo la Sociedad recurrente en amparo, consentir las decisiones judiciales impugnadas representa tanto como aceptar implícitamente la vigencia actual de las normas administrativas preconstitucionales limitadoras del derecho fundamental invocado y de su ejercicio o, al menos, la colocación a los ciudadanos en una situación de ejercicio del derecho de mera tolerancia por parte de la Administración.

E) Para «I. y P., S. A.», su pretensión es perfectamente legítima y la Administración (y más aún los Tribunales) tiene competencia para pronunciarse sobre ella, porque la petición descansa en derechos públicos subjetivos reconocidos directamente por la Constitución. Siendo esto así, prosigue la recurrente, es bien evidente la legitimidad de la pretensión del reconocimiento de la situación jurídica individualizada que resulta de la titularidad de tales derechos o libertades públicas fundamentales y a tal efecto aduce lo dispuesto tanto en el artículo 42 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, como en los artículos 41, número 3, y 55, número 1, b) y c), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

F) La Sociedad demandante señala que su petición no es gratuita, sino que obedece a la sencilla y poderosa razón de que existe un régimen legal de la prensa preconstitucional, que establece graves e inconstitucionales limitaciones a los derechos aquí invocados, por lo que resulta indispensable depurar el ordenamiento jurídico para integrarlo debidamente a partir del texto de la C.E., en aplicación de la disposición derogatoria número 3 de dicho texto. Las razones específicas que justifican a la Empresa recurrente para hacer esa petición son también obvias, en su opinión: es su interés como Empresa periodística, que está ejercitando un derecho al parecer por simple tolerancia de la Administración, puesto que ésta ha denegado formalmente, a través de la técnica del silencio, que tal derecho exista, denegación que las sentencias impugnadas han confirmado y declarado «ajustada a derecho».

G) Frente a lo que afirman las sentencias recurridas, que consideran inadmisibles la pretensión de «I. y P., S. A.», de

declaración de nulidad del régimen reglamentario limitador del derecho fundamental en materia de información, la demandante sostiene que lo que se ha pedido tanto en la vía administrativa como en la vía judicial es únicamente la determinación del derecho vigente en la materia, es decir, la plena vigencia, según su contenido constitucionalmente declarado, del derecho a la información por derogación expresa, a virtud de la disposición derogatoria número 3 de la CE de los preceptos legales o reglamentarios preconstitucionales limitadores de dicho derecho fundamental de inmediata aplicación y efectividad en los términos del artículo 53, número 2, de la propia CE.

Según la recurrente, a el pronunciamiento pedido estaba obligada tanto la Administración como la jurisdicción contencioso-administrativa y la solución mantenida en las sentencias supone desconocer la eficacia normativa de la CE y su disposición derogatoria y ello en favor de la persistencia de aplicación de normas meramente reglamentarias derogadas por la propia Constitución.

H) Por último, para «I. y P., S. A.», es evidente que, en tanto que titular de los derechos fundamentales sancionados en el artículo 20, número 1, b) y d), de la CE, está legitimada y tiene interés para solicitar una declaración expresa sobre la integridad actual de dichos derechos y de su ejercicio, para clarificación y depuración definitiva en este punto de nuestro ordenamiento jurídico, integridad que no puede estimarse satisfecha por una situación fáctica de tolerancia por parte de la Administración, y, de aquí, el interés de la declaración expresa solicitada por «I. y P., S. A.».

La Sociedad demandante concluye su argumentación insistiendo en que en este momento la situación es aún más grave: la salida los lunes de «Diario 16» no es ya, simplemente, fruto de la mera tolerancia, sino que es una salida ilegal si no se revoca la denegación que de su derecho a salir los lunes ha producido la Administración, denegación que han venido a confirmar las sentencias impugnadas, que no sólo han declarado «ajustada a derecho» dicha denegación, sino que proclaman la vigencia de las normas reglamentarias que prohíben formalmente la salida los lunes de prensa privada, vigencia a la que únicamente podría poner remedio un complicado expediente de revisión de oficio.

7. Por providencia de 23 de septiembre de 1981, la Sección Segunda de esta Sala Primera acordó admitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por «I. y P., S. A.», y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la LOTC requirió le fueran remitidas las actuaciones originales o testimonio de ellas a la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sala Tercera del Tribunal Supremo y Secretaría de Estado para la Información y que por los referidos órganos judiciales se emplazara a quienes fueron parte en los correspondientes procesos para que comparecieran ante este Tribunal Constitucional en el plazo legalmente establecido.

Recibidas las actuaciones reclamadas, la Sección Segunda, por providencia de 18 de noviembre, acordó dar vista de las mismas a la representación legal de la parte recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado a fin de que presentaran las alegaciones que estimaran procedentes.

8. El Abogado del Estado, por escrito presentado el pasado 10 de diciembre de 1981, formuló ante este Tribunal Constitucional alegaciones en las que solicitaba se dictase sentencia denegando el amparo en todas sus partes con base en los argumentos que, en síntesis, recogemos a continuación:

A) El representante de la Administración entiende que la verdadera materia del presente amparo es la de saber si la Administración tiene atribuida potestad para efectuar declaraciones como la pretendida y si dentro del contenido de los derechos fundamentales invocados por la Sociedad demandante se encuentra el de pretender tales declaraciones de la Administración.

Partiendo del «principio de la tasa o mensurabilidad» de toda potestad administrativa, el Abogado del Estado sostiene que la Administración no sólo puede sino que debe formular juicios de vigencia y derogación de normas preconstitucionales, pero ello sólo a los efectos de ejercitar sus potestades con arreglo a la CE, como lo ha hecho al ejercitar su potestad sancionadora. En la aplicación de la CE que, dentro de su posición constitucional, lleva a cabo la Administración, no está incluida la de particularizar, con carácter general y «erga omnes», enunciados constitucionales a fin de formular un juicio de vigencia o derogación, ya que aquélla carece de toda atribución explícita o implícita de potestad a tal efecto.

De ello deriva, en opinión del representante de la Administración: a) que no pertenecía al contenido del derecho fundamental del artículo 20, número 1, a) y d), de la C.E., de que es titular la recurrente, el obtener tal pronunciamiento declarativo de la Administración, y b) que no puede por ello estimarse violado el derecho constitucional invocado, lo que determina la carencia de legitimación sustantiva para obtener el amparo solicitado.

B) Para el Abogado del Estado no existe un «derecho a que se declare por la Administración la integridad de un derecho fundamental», al menos como elemento del contenido propio de dicho derecho fundamental, bien entendido que si tal hipotético derecho se funda, como se hace por la demandante, en la seguridad jurídica —artículo 9, número 3, de la CE— o en el interés de claridad, una y otro no son derechos fundamentales accionables en amparo constitucional.

C) Contra la tesis de la Sociedad recurrente de que si se dejan consentidas las dos sentencias impugnadas se aceptaría la vigencia de normas reglamentarias inconstitucionales y debería cesar la publicación los lunes de «Diario 16», el representante de la Administración aduce que el acto que se dice lesivo del derecho fundamental es un acto presunto, «producido» por silencio administrativo y éste, según la doctrina y la jurisprudencia, es una ficción legal de efectos exclusivamente procesales, no un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, por lo que no es posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídicos, ni decir que ha quedado firme, consentido o que ha sido posteriormente confirmado.

Por lo demás, las sentencias impugnadas, rectamente interpretadas, ni afirman la vigencia de normas inconstitucionales ni impiden la salida de «Diario 16» los lunes por la mañana, antes bien al contrario.

D) Carece de fundamento real el argumento de la Sociedad demandante de que el sobreseimiento del procedimiento sancionador únicamente ha creado una «situación de mera tolerancia» administrativa, pero que no reconoce un derecho fundamental, ya que, por el contrario, según estima el Abogado del Estado, dicho sobreseimiento se funda en la eficacia derogatoria de la CE, y especialmente del artículo 20, número 1, de la misma, respecto de las normas reglamentarias que prohíben la salida los lunes de los diarios de la mañana, implicando el reconocimiento de la licitud de un acto de ejercicio de un derecho fundamental en un caso concreto.

E) «Las pretensiones de reconocimiento» deducibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa son peticiones adicionales a la de anulación de un acto administrativo o disposición reglamentaria no conforme a derecho, sin que tal reconocimiento tenga nada que ver con la determinación general del sentido de enunciados normativos, ya que se trata de un reconocimiento consiguiente a una lesión de la esfera jurídica de un ciudadano por la Administración, esfera que es reconocida y, en su caso, «restablecida», según dispone el artículo 42 de la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa.

F) El Abogado del Estado concluye su escrito señalando que el principio de tasa o mensurabilidad de las potestades, del que deriva el de tipicidad de los actos administrativos, es, en definitiva, lo que impide que la Administración pueda efectuar un pronunciamiento como el pretendido con olvido del «primado de concretización» de la CE, que corresponde al legislador bajo el control del Tribunal Constitucional.

En definitiva, pues, termina diciendo el representante de la Administración, no hay potestad en la Administración para efectuar declaraciones como las pretendidas, las que no son ningún derecho del particular, contenido o derivado de los del artículo 20, número 1, de la C.E., por lo que no ha existido violación alguna del derecho fundamental invocado como exigen los artículos 41 y concordantes de la LOTC.

9. Por su parte, el Fiscal General del Estado, en su escrito de alegaciones presentado el 17 de diciembre de 1981, funda su solicitud de que se dicte sentencia desestimatoria del recurso de amparo en las siguientes consideraciones:

A) No parece aceptable discutir la eficacia plena de las declaraciones contenidas en los «considerandos» de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador incoado a «I. y P., Sociedad Anónima», por el hecho de que no estén incorporados a la parte dispositiva, con lo que carece de sentido que, alcanzado el resultado positivador del derecho reivindicado, se pretenda extemporáneamente y con marginación de los requisitos exigidos por el ordenamiento, actuar inicialmente en un procedimiento administrativo irregular para la declaración de nulidad de unas disposiciones reglamentarias y mantener la pretensión, en sede jurisdiccional, con la alegación inaceptable de haberse producido un acto presunto por silencio de la Administración, traducible como negación fundamental o infracción de un derecho individual y sustantivo de rango fundamental.

B) La pretensión de nulidad de las disposiciones de categoría inferior a la ley tiene unos cauces procesales específicos que el ordenamiento regula en los artículos 47, número 2, y 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Orden ministerial de 12 de diciembre de 1980 y artículo 39 y concordantes de la Ley de la Jurisdicción contenciosa. Y es claro que el reconocimiento de las facultades reivindicativas y la declaración de nulidad de las normas restrictivas forman un todo inseparable e interdependiente. De ahí los problemas insuperables de legitimación que plantearía a la demandante una pretensión tal de nulidad a la luz de lo establecido en el artículo 28, número 1, b), de la Ley jurisdiccional.

C) El principio de la denegación presunta tiene notificaciones, contenido y eficacia estrictamente procesales; es una forma de conectar, a través de una ficción legal, con el plano jurisdiccional que garantiza la acomodación a derecho de los actos de la Administración Pública.

Dadas las explícitas declaraciones de las sentencias impugnadas no se alcanza a comprender que la demandante insista en la tesis de la contradicción frontal entre la denegación presunta de su pretensión y el derecho fundamental del artículo 20 de la Constitución Española, unido al hecho notorio de que la recurrente permanece en el interrumpido y pacífico disfrute de sus derechos a partir de la resolución de sobreseimiento.

La tesis de la «violación» de los derechos del artículo 20 de

la CE parece totalmente insostenible con base en los pronunciamientos «mudos» de la Administración o «inhibitorios» de la jurisdicción contencioso-administrativa.

D) La denegación presunta de las peticiones contenidas en el escrito de 19 de septiembre de 1980 por «I. y P., S. A.», a la Administración, así como el fallo de las sentencias impugnadas, en modo alguno son reducibles a una afirmación negatoria de la real derogación o nulidad de las normas restrictivas alegadas por aquella Empresa, ya que su alcance se proyecta exclusivamente sobre la viabilidad procesal de una pretensión de la demandante.

E) El Fiscal General del Estado termina señalando que los fallos de las sentencias impugnadas no niegan, sino que más bien afirman, la efectiva derogación de las normas restrictivas cuya medida se postula, aunque excluyan el pronunciamiento formal expreso en razón a la concurrencia de óbices procesales; no niegan tampoco, sino que más bien afirman, el derecho subjetivo de la demandante—como derecho ciudadano fundamental— a ejercer su libertad de opinión y comunicación, aunque descarten la posibilidad de plantearlo en un proceso de las características del contencioso-administrativo. Es así—en su limitado y estricto alcance— como cabe interpretar las declaraciones judiciales del fallo de «hallarse ajustada a derecho» la resolución presunta de la Administración.

10. Por último, la representación de la Sociedad recurrente ratifica y reitera en su escrito de alegaciones, presentado el 31 de diciembre de 1981, los argumentos en los que se basa su demanda, añadiendo, sin embargo, un nuevo motivo de nulidad de las sentencias impugnadas: que éstas, en la medida que decidieron la litis con infracción, además de los derechos fundamentales sancionados en el artículo 20, número 1, a) y d), de la C.E., del principio de congruencia con las pretensiones deducidas, proclamado por el artículo 43 de la LJ, dicha infracción ha conducido, en su resultado, a la denegación de la tutela judicial efectiva de los derechos invocados, que está garantizada por el artículo 24, número 1, de la CE, con violación, por tanto, también de este derecho fundamental de carácter procesal.

11. Por providencia de 10 de diciembre de 1982 se señaló para la deliberación y votación del presente recurso de amparo el día 15 del mismo mes y año, celebrándose en dicho día como estaba acordado.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La cuestión principal planteada en el presente recurso, y de la que derivan todas las demás, es la de determinar si forma parte o no del contenido de un derecho fundamental, en el presente caso del artículo 20, número 1, a) y d), de la CE, el derecho a obtener, por parte de la Administración y eventualmente de los Tribunales, el reconocimiento expreso de tal derecho fundamental sin que previamente se haya producido por la propia Administración una violación del mismo.

En el caso particular que nos ocupa, la Sociedad recurrente parece partir de la hipótesis de que mientras no se declare su derecho a editar, difundir y poner a la venta sus publicaciones y, en concreto «Diario 16», todos los días de la semana, incluidos los lunes por la mañana, está privado de tal derecho. En otras palabras, se deduce de la argumentación de la Sociedad recurrente que si puede proseguir su actividad de referencia es porque la Administración lo tolera simplemente y su derecho al respecto sólo lo puede ejercer plenamente si la Administración o los Tribunales así lo declaran expresamente.

Frente a la postura del recurrente es preciso afirmar que se trata de ejercitar parte del contenido del derecho fundamental del artículo 20, número 1, a) y d), de la CE, y que no tiene porqué ser generalmente reconocido expresa y formalmente por la Administración, ya que el mismo nace directamente de la Constitución Española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo. Y ello porque, tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos.

Ninguna traba o impedimento por parte de la Administración ha habido en el caso que analizamos a la difusión y venta del diario propiedad de la Sociedad recurrente los lunes por la mañana. Es más, el único procedimiento puesto en marcha cuya resolución en un determinado sentido podría haberse impedido—el expediente sancionador incoado a instancia del Presidente de la Federación de Asociaciones de Prensa—, terminó con el sobreseimiento del mismo.

Por consiguiente, ha faltado el presupuesto necesario para que la pretensión de reconocimiento del derecho fundamental alegado por la recurrente fuese exigible jurídicamente, ya que sin lesión previa de tal derecho no puede haber pretensión alguna a su reconocimiento. Al respecto, cabe afirmar que de ningún precepto de la Constitución contenido en la sección 1.ª del capítulo II de su título I cabe deducir, en efecto, tal pretensión.

Y es que una cosa es el derecho fundamental o la libertad pública, tal como vienen consagrados en los preceptos de dicha sección—y, en su caso, en las Leyes que los regulen y desarro-

llen, de acuerdo con su contenido constitucional—, y otra muy distinta el derecho a obtener su reconocimiento formal y expreso—por parte de la Administración y, en su caso, de los Tribunales—, derecho este último que no forma parte, sin más requisitos, del contenido de aquéllos.

2. El planteamiento que del tema suscitado se acaba de hacer no tiene por qué modificarse por el hecho de que determinadas normas reglamentarias preconstitucionales, que limitan el ejercicio del derecho a difundir la prensa periódica los lunes por la mañana, no hayan sido anuladas o derogadas formal y expresamente por la Administración.

La Sociedad recurrente ha hecho de este tema una cuestión capital de su pretensión tanto ante la Administración como ante la jurisdicción contenciosa y, finalmente, ante este Tribunal Constitucional, pero con independencia de tal declaración formal y de cualquier consideración por nuestra parte acerca de la validez o invalidez de tales normas con anterioridad a la Constitución Española, es lo cierto que desde la perspectiva constitucional, única que ahora interesa, cabe entender en todo caso que las limitaciones establecidas por las disposiciones reglamentarias aludidas han quedado derogadas por la CE, de acuerdo con su disposición derogatoria tercera al ser incompatibles con la misma.

Los derechos fundamentales se ejercitan de acuerdo con su contenido constitucionalmente sancionado y, de estar éste desarrollado legalmente, de acuerdo también con lo que disponga la Ley correspondiente, siempre que ésta sea posterior a la CE y no haya sido declarada inconstitucional por este Tribunal. Si la Ley reguladora del derecho fundamental es anterior a la Constitución e infringe ésta, no cabe duda que debe considerarse inaplicable en lo que vulnera dicha norma constitucional por haber quedado derogada. Lo mismo debe concluirse, y con mayor razón, cuando la norma que vulnera lo dispuesto en la Constitución Española es de naturaleza reglamentaria, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido.

Si además se da el caso, como ha ocurrido en el supuesto que contemplamos, que la Administración no ha aplicado las normas que se reputan derogadas, no puede deducirse la consecuencia de que la falta de tal declaración expresa coloca a los ciudadanos formalmente destinatarios de aquellas normas en una situación de ejercicio del derecho por mera tolerancia de la Administración. Por el contrario, la actitud de la Administración ante el hecho de la publicación los días señalados del mencionado diario ha quedado perfectamente clara con la resolución del expediente sancionador, el valor de cuyo sobreseimiento se ha minimizado por la Sociedad recurrente. Si la Administración, pudiendo haber sancionado a «I. y P., S. A.», no lo hizo y ello en base precisamente a que las normas reglamentarias impeditivas del derecho de aquélla eran nulas incluso en el derecho anterior a la CE, y en todo caso han sido derogadas por ésta, es que la referida Administración ha sido muy consciente de cuál es el derecho vigente y aplicable en materia de publicaciones periódicas, conciencia que le consta formalmente a «I. y P., S. A.», a través de la oportuna notificación de la resolución que pone fin al expediente sancionador que le había sido incoado y que la Administración no tiene por qué reiterar al contestar una petición de reconocimiento de un derecho que no ha vulnerado previamente.

No cabe duda que desde el punto de vista de la seguridad jurídica y para alejar cualquier eventual aplicación de tales normas, lo mejor es que exista una declaración expresa por el órgano competente en tal sentido; pero la inexistencia de dicha declaración no supone en absoluto el que hayan de considerarse necesariamente por alguien como válidas y vigentes.

De todo lo anterior se deduce que la falta de declaración expresa de la nulidad, en su caso, o de la derogación del artículo 8, número 2, del Decreto 743/1966, y el artículo 3 de la Orden de 2 de marzo de 1968 no han causado lesión alguna en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información del que es titular la Sociedad recurrente.

3. Seguidamente pasamos a considerar, siempre desde la perspectiva del proceso de amparo constitucional, el sentido y alcance del silencio de la Administración ante la petición formulada por «I. y P., S. A.», el 29 de septiembre de 1980.

La Sociedad demandante se esfuerza en su demanda ante este Tribunal por demostrar que dicho silencio no tiene el valor de mera denegación presunta, a los exclusivos efectos procesales de permitir el conocimiento por los Tribunales contenciosos de su pretensión, sino de un verdadero acto sustantivo negador de su derecho a publicar libremente «Diario 16» los lunes por la mañana. Pero la simple ausencia de respuesta de la Administración en relación a un derecho fundamental o una libertad pública cuyo ejercicio no requiere actividad alguna por parte de la Administración, que es lo que sucede en el caso aquí planteado, no puede causar, por sí misma, lesión alguna en la esfera jurídica del particular solicitante y, en concreto, y por lo que aquí respecta, de sus derechos fundamentales sancionados en el artículo 20, número 1, a) y d), de la CE. A lo que se debe añadir que al no existir una lesión previa por parte de la Administración de derecho alguno de la citada Sociedad recurrente, los Tribunales contenciosos no tuvieron por qué hacer declaración alguna de reconocimiento de tal derecho, sea o no fundamental.

4. A la vista de lo que antecede, este Tribunal Constitucional considera que no ha existido ni por parte de la Adminis-

tración ni por parte de los Tribunales que han conocido de los pertinentes recursos contenciosos, violación alguna de los derechos fundamentales invocados por la Sociedad demandante en los respectivos silencio y decisiones de una y otros.

Bien entendido, además, que tampoco puede aceptarse la afirmación de la Sociedad demandante—contenido, por cierto, como un nuevo motivo de nulidad en las alegaciones y no en el escrito de demanda—de que tales decisiones judiciales han infringido también el derecho de la misma a obtener una tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24, número 1, de la Constitución Española. Y ello porque, aparte de no haberse invocado formalmente dicha infracción en el proceso judicial previo, con lo que ya estaría suficiente para rechazarlo como inadmisibile en este proceso de amparo por faltar el requisito exigido por la letra c) del artículo 44, número 1, de la LOTC, no puede en absoluto tacharse—como hace la Sociedad recurrente—de falta de congruencia a las sentencias impugnadas que juzgaron, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley jurisdiccional, dentro del límite de las pretensiones del demandante, que obtuvo una resolución fundada en Derecho aunque no fuera favorable a sus pretensiones, por lo cual, como ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosos autos, no puede estimarse vulnerado el contenido de dicho derecho fundamental. En consecuencia, no puede estimarse la primera de las pretensiones aducidas ante este Tribunal Constitucional por la Sociedad demandante de amparo.

Al no existir tal violación de un derecho fundamental, tampoco procede que por este Tribunal Constitucional se haga declaración alguna sobre las otras dos pretensiones formuladas por la Sociedad recurrente en el suplico de su demanda de amparo—por un lado, reconocimiento del derecho de «I. y P.», Sociedad Anónima», a editar, difundir y poner a la venta sin restricción alguna, es decir, libremente sus publicaciones periódicas y, en concreto, el periódico «Diario 16» y, por otro, declaración de que están derogadas por la Constitución y, en concreto, en virtud de su disposición derogatoria (número 3), los artículos 8, a), del Decreto 743/1966, y 3 de la Orden de 2 de

marzo de 1968, en tanto que opuestos al artículo 20, número 1, a) y d), de la CE. y al contenido de los derechos fundamentales en dicho precepto proclamados—, ya que tal declaración excedería del ámbito del recurso fundamental vulnerado en los términos del artículo 55, número 1, de la LOTC.

Como es obvio, tal ausencia de declaración por parte del Tribunal Constitucional no lleva como consecuencia ni la negación del derecho que dice tener la demandante ni la afirmación de que las normas reglamentarias señaladas estén vigentes y no sean contrarias a la Constitución. Simplemente, que este Tribunal Constitucional no tiene por qué hacer en este caso tales declaraciones y ello por que, insistimos, ni ha habido violación por parte de la Administración ni de los Tribunales contenciosos del derecho que se pretende sea reconocido, ni aplicación efectiva de las referidas normas reglamentarias.

FALLO

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

Ha decidido:

Desestimar el recurso de amparo solicitado en nombre de la Sociedad «Información y Prensa, S. A.», y declarar que no han sido violados los derechos constitucionales invocados por la recurrente por la inactividad de la Administración y las sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 1981 (número 12.643) y la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1981 (número 37.974/81).

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.—Manuel García-Pelayo Alonso.—Ángel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Gloria Begué Cantón.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Ángel Escudero del Corral. Firmados y rubricados.

1578

Sala Primera. Recurso de amparo número 73/1982. Sentencia número 70/1982, de 20 de diciembre.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo número 73/1982, interpuesto por don Vicente Barber Delgado, representado por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección del Letrado don Ricardo Peralta Ortega, contra sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982. En el recurso han comparecido el Ministerio Fiscal y la Empresa «Ford España, Sociedad Anónima», representada por el Procurador don Gonzalo Castelló y Gómez-Trevijano, bajo la dirección del Letrado don Vicente Peiró Romero y ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. En 9 de marzo de 1982 el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre de don Vicente Barber Delgado, formuló el recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, recaída en el recurso interpuesto por «Ford España, S. A.», contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo número 1 de Valencia de 13 de diciembre de 1979, con la súplica de que se dicte sentencia otorgando el amparo que se solicita en cuanto: A) Declarar que la decisión de «Ford España, S. A.», de negar al demandante el acceso al centro de trabajo y, por ende, el ejercicio de las facultades de representación de los trabajadores es nula. B) Reconocer el derecho del actor al ejercicio pleno de sus funciones de representante de los trabajadores mientras se sustancia el recurso de casación interpuesto por la Empresa contra la sentencia declaratoria de la improcedencia de su despido. C) Reconocer al actor el derecho a que se le restablezca en la integridad de sus funciones de representación, para lo cual le deberá ser facilitado el acceso al centro de trabajo con todo lo demás que proceda para el eficaz cumplimiento de su función.

2. Los antecedentes que expone la parte actora, extraídos del resultado de hechos probados, son los siguientes: El actor presta servicios desde el año 1976 como Especialista para la Empresa «Ford España, S. A.», en el centro de Almusafes, habiendo sido elegido miembro del Comité de Empresa por la candidatura de la Central Sindical de Comisiones Obreras; ostentando dicha representación, en 9 de noviembre de 1978 fue despedido de la Empresa y dicho despido fue declarado improcedente por sentencia de la Magistratura Provincial de Trabajo número 5 de Valencia de 12 de diciembre del mismo año, que fue objeto de recurso de casación, aún no resuelto, prepa-

rado y formalizado por la Empresa; de conformidad con el artículo 227 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la Empresa comunicó al actor que durante la tramitación del recurso optaba por abonarle la retribución sin que por el mismo se prestaran servicios a la Empresa, como así ha venido haciéndose; asimismo la Empresa ha negado al señor Barber Delgado el acceso al centro de trabajo y el ejercicio de las facultades de representación de los trabajadores.

Ante esta situación el actor formuló demanda que fue resuelta por la Magistratura de Trabajo número 1 de Valencia en 17 de diciembre de 1979, declarando el derecho del demandante a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores mientras se sustancia el recurso de casación interpuesto por la Empresa contra la sentencia que declaraba la improcedencia del despido, e interpuesto recurso de aplicación por la Empresa «Ford España, S. A.», el Tribunal Central de Trabajo dicta sentencia de 30 de enero de 1982 estimando el recurso y, revocando la sentencia de instancia, absuelve a la Empresa.

3. En cuanto a los fundamentos jurídicos de su pretensión, el actor se refiere al artículo 28, apartado 1, de la Constitución en relación con los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT (todos ellos ratificados por nuestro país) que han de servir como elementos de interpretación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, apartado 2, de la propia Constitución. En especial se refiere al convenio número 135 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la Empresa, interpretado conforme a la Recomendación 143 de la OIT. La actitud de la Empresa de negar al actor el acceso «al centro de trabajo y, por ende, al ejercicio de las facultades de representación de los trabajadores»—como señala la sentencia de la Magistratura—supone a su juicio una negación radical de las facultades de representación que constituyen contenido sustancial del derecho de libertad sindical, y a su vez implica un acto de injerencia empresarial en la actividad sindical de los trabajadores contraria al mismo derecho.

La afirmación anterior, prosigue la representación del actor, no queda desvirtuada con el doble fundamento que, a tal efecto, se utiliza en la sentencia del Tribunal Central impugnada. En primer lugar, el relativo a que en tanto se sustancia el recurso contra una sentencia declaratoria de la improcedencia del despido el contrato de trabajo se encuentra suspendido, salvo en un elemento fundamental que es la retribución, tesis que a juicio del actor supone una interpretación inadecuada del artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral y que, en todo caso, viene a desconocer el derecho de carácter fundamental de representación sindical, que es tanto del representante como de los electores a ser representados por el elegido, derecho que no puede quedar suspendido por la voluntad unilateral de una Empresa, y en tal sentido se pronunciaba ya el Decreto de Garantías Sindicales 1978/1971, de 23 de julio (artículo 6.º, a). El segundo argumento de la sentencia impugnada se basa en la posibilidad de transferencia del derecho de representación a otros trabajadores, afirmando que tal posibilidad no puede depender de la simple voluntad empresarial como sucedería en este caso, vulnerándose el artículo 2 del Convenio 98 de la OIT que prohíbe toda injerencia empresarial en los derechos sindicales.