

16 de octubre de 2000, que resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, como seguidamente se expondrá.

En efecto, como ha quedado indicado en los antecedentes de la presente Sentencia, la referida resolución de la Junta de tratamiento, que fundamenta la retención del libro en una motivación distinta (razones de tratamiento, con base en el art. 128.1 RP) a la esgrimida por el director del establecimiento penitenciario cinco meses antes para acordar dicha medida (seguridad y buen orden del establecimiento, con base en el art. 128.2 RP), no se emitió con carácter previo a la retención del libro, sino a requerimiento del propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el trámite del recurso de reforma interpuesto por el Fiscal contra el Auto de 31 de julio de 2000 que había estimado la queja del recurrente en el expediente núm. 486-2000, incoado contra la decisión de 19 de mayo de 2000 del director de la prisión que acordó la retención, articulándose como una diligencia de prueba realizada en dicho procedimiento a petición del Fiscal y a efectos de resolver el recurso de reforma interpuesto por éste.

Pues bien, a la vista de estas circunstancias ha de afirmarse que no puede reputarse razonable sostener que al interno –que además en ese momento carecía de asistencia letrada– le fuera exigible considerar el referido acuerdo de la Junta de tratamiento –que por otra parte no indica si cabe recurso contra el mismo– como una resolución autónoma que debía impugnar expresamente, aun cuando viniese a confirmar, bien que por distinto fundamento, la medida de retención del libro acordada cinco meses antes por el director del centro y que era objeto del procedimiento de queja núm. 486-2000, en el que el interno ya había obtenido una resolución de fondo favorable a su pretensión: el Auto de de 31 de julio de 2000. Por otra parte, con independencia de que el acuerdo de la Junta de tratamiento no fuera objeto de una impugnación autónoma, es lo cierto que, al resolver el recurso de reforma del Fiscal contra dicho Auto, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien compete el control judicial de la actuación de la Administración penitenciaria, llevó a cabo un análisis de fondo del referido acuerdo, considerando insuficientes las aducidas razones de tratamiento individualizado (art. 128.1 RP) para justificar la legitimidad de la retención del libro, al tiempo que confirmaba su pronunciamiento inicial en cuanto a rechazar las razones de seguridad y buen orden del centro penitenciario (art. 128.2 RP) invocadas originariamente por la Administración penitenciaria para decretar dicha medida restrictiva.

En este contexto, la apreciación de pérdida de objeto del procedimiento que realiza la Audiencia Provincial de Cádiz sobre la base de la firmeza del acuerdo de la Junta de tratamiento de 16 de octubre de 2000 es una interpretación manifiestamente irrazonable, que prescinde de realizar ponderación alguna del derecho a la información alegado por el interno con los otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes con los que pudiera entrar en conflicto (aducidos por la dirección de la prisión, pero también por el acuerdo de la Junta de Tratamiento, ambos en aplicación de lo dispuesto en el art. 128.1 y 2 RP, sobre la base de lo previsto en el art. 58 de la Ley Orgánica general penitenciaria) e impide materialmente el control jurisdiccional de la decisión de la Administración penitenciaria, vulnerando, en consecuencia, el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ello comporta la declaración de nulidad del Auto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte nueva resolución en la que entre a resolver sobre el fondo del asunto.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Ignacio Urdiain Zíriza y, en su virtud:

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

2.º Anular el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de abril de 2001 en el recurso de apelación núm. 3-2001.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que por dicho órgano judicial se dicte la resolución que proceda con respeto al derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil seis.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Roberto García-Calvo y Montiel.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Trepms.–Firmado y rubricado.

## 2571

*Sala Primera. Sentencia 3/2006, de 16 de enero de 2006. Recurso de amparo 5174-2001. Promovido por don Antonio García Salcedo respecto a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Social de Málaga que desestimaron su demanda contra el Ayuntamiento sobre retribuciones.*

*Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical: asignación de funciones de nivel inferior que no es represalia por previo contencioso retributivo (STC 298/2005); menoscabo económico ajeno a la actividad sindical.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5174-2001, promovido por don Antonio García Salcedo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y bajo la asistencia del Letrado don Juan Luis Olalla Gajete, contra la Sentencia de la Sala de lo Social, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de julio de 2001, que desestima el recurso de suplicación núm. 945-2001, interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga, de 6 de noviembre de 2000, recaída en los autos núm. 1073-2000 sobre tutela de derechos fundamentales. Ha comparecido el Instituto Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de

Málaga, representado por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Ávila del Hierro y defendido por el Letrado don Antonio López Portillo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado ante este Tribunal el 3 de octubre de 2001 se interpuso el recurso del que se ha hecho mérito en el encabezamiento por considerar la parte recurrente que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la igualdad o no discriminación (art. 14 CE), a la libertad sindical, en su contenido del derecho a ejercer actividades sindicales y estar afiliado (art. 28.1 CE), al honor (art. 18.1 CE) y a la dignidad (art. 10 CE).

2. Los fundamentos de hecho de la demanda de amparo son los siguientes:

a) El solicitante de amparo presta sus servicios para el Instituto Municipal de la Vivienda (en adelante, IMV) del Ayuntamiento de Málaga desde enero del año 1990 y ostenta la categoría profesional de administrativo en el Servicio de gestión económica y presupuestaria. Es afiliado al sindicato CC OO, miembro de su sección sindical, así como del comité de empresa.

b) Por decreto del IMV de 31 de marzo de 1997 se le concedió un complemento de responsabilidad económica conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 del Convenio colectivo del citado Instituto, hasta que cesase en las funciones de cajero, con efectos retroactivos desde el día 15 de febrero anterior.

c) Consideró el recurrente que estaba realizando funciones de categoría superior a la suya (a saber, las propias de un técnico de grado medio en lugar de las correspondientes a la categoría profesional de administrativo que ostentaba) y, por ello, presentó demanda de reclamación de cantidad el 22 de octubre de 1998 contra el IMV. Solicitaba en ella el abono de las diferencias económicas devengadas por el desempeño de las funciones de superior categoría, así como la consolidación de los complementos retributivos solicitados, correspondientes al periodo comprendido entre los meses de septiembre de 1997 a septiembre de 1998.

La demanda fue estimada parcialmente por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Málaga, de 10 de septiembre de 1999 (autos núm. 1257/98), y confirmada en suplicación por la Sala de lo Social con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el 26 de mayo de 2000. En su virtud, se reconoció al actor el derecho a obtener las cantidades reclamadas por la encomienda y efectiva realización de tareas que excedían de las que eran propias de su categoría profesional de administrativo. No obstante, se desestimó el derecho a consolidar el plus o complemento retributivo en cuanto que la atribución y desempeño de tareas de superior categoría era una cuestión que debía ser objeto de verificación por cada periodo reclamado. Asimismo se calificó como irregular la situación mantenida con relación al actor (asignación de funciones de categoría superior, sin tener el título requerido), y se indicó que el desempeño de tales cometidos no podía conllevar su promoción interna, ya que ésta se debía realizar de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 35 del Convenio colectivo aplicable al caso.

d) Posteriormente, el recurrente presentó otra demanda de reclamación de cantidad idéntica a la anterior, pero referida a distinto periodo temporal (el comprendido entre los meses de octubre de 1998 a septiembre de 1999), que dio lugar a los autos núm. 410-2001. La demanda fue también objeto de estimación parcial por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Málaga,

de 10 de julio de 2000 (resolución contra la que la parte demandada interpuso recurso de suplicación, que, al tiempo de dictarse las Sentencias recurridas en amparo se encontraba aún pendiente de resolución).

e) El 18 de julio de 2000, la dirección del IMV comunicó al recurrente que «en base a una redistribución del trabajo administrativo entre Servicios, se hace necesario que a partir de la recepción de la presente, se incorpore a las órdenes y dependencias del Servicio de Gestión y Administración del Patrimonio, realizando para dicho Servicio los cometidos, con las funciones y responsabilidades en consonancia con su categoría profesional de administrativo, que se le encomendarán por la responsable de él». Solicitada por el recurrente una aclaración sobre los términos del cambio, se le comunicó que las tareas a realizar serían las que en cada momento se le fuesen asignando, como consecuencia de estar integrado en un equipo de trabajo, de acuerdo con su categoría profesional de administrativo, y que las funciones que debía realizar dentro del Servicio serían las que los distintos responsables del mismo le encomendasen en cada momento. También se especificaban las jefaturas existentes entre el recurrente y el Servicio de gestión y administración del patrimonio, indicándole al respecto que dependía jerárquicamente de don Manuel Keim, doña Silvia Sánchez y don Salvador Medina.

f) En cumplimiento del anterior comunicado, el actor pasó a desempeñar en el Servicio señalado el puesto de trabajo que ocupaba hasta entonces doña Loreto Pareja que, a su vez, pasó a desempeñar el puesto de trabajo que venía realizando el recurrente en el Servicio de gestión y administración del patrimonio. La Sra. Pareja tiene categoría profesional de administrativa, tiene título de grado medio, y está afiliada a CC OO.

g) Inicialmente, habida cuenta de la existencia del periodo vacacional del recurrente en amparo así como de algún permiso, no tenía demasiado trabajo asignado en el nuevo puesto, aunque posteriormente se le fue atribuyendo algo más. En el mismo realiza básicamente funciones de introducción de datos en un programa informático, hallándose pendiente de la realización de uno específico para su manejo.

h) Por Decreto de 31 de julio de 2000, del Alcalde del Ayuntamiento de Málaga, le fue retirado al recurrente en amparo el abono del plus de responsabilidad económica (que durante el año 2000 ascendía a 19.670 pesetas) al haber cesado en sus funciones de cajero.

i) El 29 de septiembre de 2000 el recurrente presentó demanda sobre tutela de derechos fundamentales contra el IMV y el Ayuntamiento de Málaga, al considerar que su cambio de puesto de trabajo constituía una represalia derivada del ejercicio de la actividad sindical y de las reclamaciones judiciales previamente realizadas contra la demandada.

j) La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga, de 6 de noviembre de 2000 (autos núm. 1073-2000), que negó que la modificación operada en el puesto de trabajo del actor vulnerase los derechos fundamentales invocados. Entiende la Sentencia que el actor venía realizando inicialmente labores propias de una categoría profesional superior a la suya, para la que no disponía del título habilitante necesario conforme al art. 35 del Convenio colectivo aplicable, tal y como se había ya manifestado en la vía judicial. Considera que la situación en la que se encontraba el recurrente (realización de funciones superiores a las de su categoría profesional) no constituía, desde el punto de vista estrictamente organizativo y laboral, una situación deseable en el organigrama de trabajo y, en consecuencia, que resultaba admisible que el Instituto demandado decidiera reordenar el trabajo para una más ajustada atribución de categorías. Por ello, decidió destinar al actor a un puesto de trabajo distinto, anteriormente desempe-

ñado por administrativa, y asignar a ésta al de aquél, al poseer el título de grado medio preciso para su desempeño y del que carecía el actor. Se añade que es claro que desde el punto de vista empresarial «tal decisión surge precisamente a raíz del dictado de una resolución que hace ganar firmeza a la dictada previamente en la instancia y como medida encaminada a su corrección. De hecho y desde este punto de vista, el actor solicita con su demanda la continuidad de una situación que suele ser caballo de batalla habitual de los miembros del Comité de Empresa como es la no correcta asignación de trabajadores a puestos de trabajo acordes con sus respectivas categorías y formaciones».

Asimismo, sigue diciendo el Juzgado, «respecto de los indicios vulneratorios y dada la florida alegación de los derechos presuntamente atacados que se hace en la demanda por el actor, adquieren relevancia general los atinentes a que la medida supone una modificación de condiciones de trabajo de un miembro del Comité de Empresa y de la Sección Sindical, que debe realizarse con la máxima transparencia con el fin de evitar toda sospecha de represalia por su actuación previa. Aquella modificación no resulta prohibida por el art. 28 de Convenio relativa a las garantías personales de los miembros del Comité, pero resulta claro que se contempla con recelo por la norma paccionada». Dicho lo que precede, se añade que menos claras resultan las alegaciones realizadas en la demanda sobre la producción de represalias por la actividad sindical del demandante, que serían comunes, se supone, a los restantes integrantes del Comité, los cuales, por cierto, habían firmado, y no el actor, el recurso administrativo frente al nombramiento del Jefe de recursos humanos de la empresa (que era una circunstancia que se había alegado como indicio de la represalia empresarial). También se niega lesión del derecho a la igualdad, pues el trato discriminatorio apuntado parecía más englobado en la represalia sindical que en razones personales y, del derecho al honor, ya que no se podía considerar un ataque al mismo la falta de ocupación efectiva. Finalmente, el Juzgado, aplicando la doctrina relativa a los actos pluricausales, afirma la concurrencia de elementos que permiten sostener la legalidad de la medida empresarial, adoptada y realizada dentro de los límites del grupo profesional y titulación ostentada por el trabajador. En definitiva, se niega la lesión de los derechos fundamentales alegados, con independencia de la corrección o no de la modificación del puesto de trabajo del actor desde la perspectiva de la legalidad ordinaria.

k) El recurrente interpuso recurso de suplicación contra la Sentencia indicada, que fue impugnado de contrario por la parte demandada. El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de julio de 2001, que confirmó lo decidido en instancia. En primer lugar, la Sala desestima la revisión fáctica postulada en el recurso de suplicación, manteniendo inalterado el relato de hechos probados contenido en la Sentencia recurrida. En segundo lugar, y pasando a analizar los motivos del recurso relativos a la infracción de preceptos legales y constitucionales, se comienza haciendo referencia a la alegación relativa a la lesión del derecho a la garantía de indemnidad que la parte recurrente sostiene sobre la base de que la actuación empresarial cuestionada (cambio de puesto de trabajo del actor) era una represalia por las reclamaciones de cantidad planteadas contra ella, que habían concluido con el reconocimiento de su derecho a percibir determinadas diferencias retributivas con motivo de la realización de funciones de categoría superior. A este respecto señala la Sala que en las resoluciones judiciales recaídas en esos precedentes autos «no se vino sino a constatar una disfuncionalidad o desajuste entre la categoría convencional, esto es la pactada y reconocida de administrativo y la objetiva de técnico de grado medio, a la que corresponde-

ría el trabajo que efectivamente venía ejecutando el recurrente. Anomalía que ha venido a corregir la conducta de la demandada ahora impugnada, habida cuenta que el supuesto normal es la correspondencia entre una y otra tal como se desprende de lo dispuesto en el art. 22.5 ET que contempla la categoría convencional, al disponer que «por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo» siendo lo anómalo o irregular y por ello excepcional la situación hasta entonces mantenida (fuente como no podía ser menos de continuos litigios), dado que como señala la doctrina, la categoría es además pieza clave en la determinación del objeto del contrato, proporcionando el «objeto cierto» (CC art. 1261) y «la cosa determinada en cuanto a su especie» (CC art. 1273) que precisa como requisito de validez. Con lo que en definitiva, dicha conducta consistente en destinar al recurrente de categoría profesional administrativo, a puesto de trabajo desempeñado por administrativa, la cual a su vez pasa a ocupar el puesto anteriormente ocupado por aquél estando además en posesión del título de grado medio, teniendo en cuenta igualmente lo dispuesto en el art. 35.1 de la norma convencional de aplicación, que al regular la promoción interna exige la posesión del título correspondiente a la categoría a la que se opta, no permite concluir como se pretende, que por ello se halla vulnerado el derecho fundamental invocado, todo ello sin entrar en la legalidad ordinaria de dicha medida».

Añade la Sala que «tampoco se aprecia la vulneración del resto de los derechos que se alegaban por el recurrente, al faltar los presupuestos fácticos necesarios para ello y por los motivos ya expuestos, habida cuenta que como se desprende de aquéllos y por lo que se refiere al recurso administrativo frente al nombramiento de Jefe de departamento, el mismo se interpuso por el comité de empresa sin que tan siguiera fuera firmado por el recurrente. La trabajadora que ha pasado a ocupar su puesto anterior está también afiliada al mismo sindicato y en última instancia, se le ha colocado en puesto de trabajo que era ocupado por trabajadora con igual categoría profesional que la suya de administrativo, realizando funciones de introducción de datos en un programa informático encontrándose pendiente de la realización de uno específico para su manejo por el recurrente, con lo que como ya se dijo, con dicha medida y a salvo su legalidad ordinaria, se procura en principio la correspondencia categoría reconocida y objetiva, por lo que no puede pretenderse que con ello se atente a su derecho al honor y la dignidad, por más que efectivamente la situación anterior pudiera convenirle más, con lo que en definitiva y por lo expuesto y a falta de otros motivos de censura jurídica es por lo que el recurso debe ser desestimado con paralela confirmación de la sentencia recurrida».

3. En la demanda de amparo se invoca lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), así como derecho al honor (18.1) y a la dignidad (art. 10.1 CE), que se imputan a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de julio de 2001 (sede en Málaga), ya que, al confirmar lo decidido en la instancia, negó que el cambio de puesto de trabajo del recurrente constituyese una represalia por la previa reclamación judicial contra la demandada de derechos laborales y por su actividad sindical.

En primer lugar, sostiene el recurrente que existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de garantía de indemnidad, ya que entiende que el cambio de puesto de trabajo es una represalia por haber accionado contra la empresa a través de diversas demandas de reclamación de cantidad. Señala, en este sentido, que ha venido trabajando para el IMV del



Ayuntamiento de Málaga desde el año 1990, con la categoría profesional de administrativo, desempeñando su labor en el «Servicio de Gestión Económica y Presupuestaria», en donde tenía asignadas funciones de superior categoría, a saber, las de técnico de grado medio, titulación de la que carece. Con el objeto de que se le abonasen las diferencias retributivas existentes entre su categoría profesional y las correspondientes a la categoría superior cuyas funciones venía desempeñando, presentó diversas reclamaciones de cantidad contra el IMV que obtuvieron sentencia estimatoria (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Málaga, de 10 de septiembre de 1999, confirmada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 26 de mayo de 2000; y posterior Sentencia del mismo Juzgado de 10 de julio de 2000, con relación a diferencias retributivas correspondientes a otro periodo temporal). Y señala que debido a las mencionadas reclamaciones judiciales, el IMV decidió cambiarle de puesto de trabajo, asignándole al «Servicio de Gestión y Administración del Patrimonio».

Aduce como indicios de la lesión: la coincidencia entre el cambio de puesto y la notificación de la última de las Sentencias del Juzgado (18 de julio de 2000) estimando su reclamación de cantidad; la falta de justificación suficiente del cambio de puesto, que se realizó alegando una «redistribución del trabajo administrativo entre servicios» que sólo ha afectado a afiliados a CC OO; la falta de justificación del cese en la percepción del complemento por responsabilidad económica que se le venía abonando; la ausencia de comunicación al comité de empresa de los cambios organizativos que se iban a realizar, y concretamente, de la intención de intercambiar en sus puestos al recurrente y a la Sra. Pareja, también afiliada a CC OO; que no se hubiese reconocido a la persona «intercambiada» la titulación; que no se le haya dado al recurrente ocupación efectiva en el nuevo puesto y que haya sido necesaria readaptar a las dos personas intercambiadas a sus nuevos puestos. Todo ello, según el recurrente, evidencia que la actuación empresarial ha tenido como fin exclusivo la limitación de sus derechos constitucionales. Sin embargo, indica que a pesar de los abundantes indicios de lesión, la empresa no ha aportado prueba alguna que los contrarreste.

En segundo lugar, se sostiene la lesión del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al honor (art. 18.1 CE) y a la dignidad (art. 10.1 CE). En este sentido se empieza diciendo, en sustento de la vulneración del derecho a la libertad sindical, que el Instituto demandado ha cercenado únicamente los derechos de afiliados a CC OO, pues sólo «han sido movidas de su puesto» la Sra. Pareja y el recurrente (los demás lo han sido, únicamente, por ascensos o peticiones propias). Asimismo, se indica como causa de la represalia el que los representantes de ese sindicato en la empresa hayan promovido y actuado en el orden contencioso-administrativo, impugnando el nombramiento en comisión de servicios del Jefe de recursos humanos. Y a este respecto se aclara que, aunque el recurrente no haya firmado materialmente el recurso (ya que el representante del comité de empresa es su presidente), sí ha suscrito junto a los otros miembros de la ejecutiva de la sección sindical de CC OO todas las comunicaciones, protestas o reivindicaciones que ha realizado dentro o fuera del IMV. De este modo, afirma que se trata de un cambio de puesto que no sólo ha incumplido las formalidades exigidas por el convenio colectivo y la ley, sino que atañe a un sindicalista que ha participado activamente en diversas denuncias y acciones legales desde los órganos colegiados o sindicales, aparte de las reclamaciones individuales a las que anteriormente se han hecho referencia.

El recurrente concluye diciendo que se ha lesionado su derecho «al honor, la dignidad, y la propia imagen», en tanto que el cambio de puesto es injustificado y no se le

ha dado en el nuevo ocupación efectiva. A este respecto, afirma que la actuación de la demandada ha tenido un alcance colectivo y, si se quiere, un interés «ejemplificador», en tanto en cuanto «el que reclama, incluso ostentando las garantías sindicales y como miembro del Comité, es apartado, está mal visto y sufre las consecuencias». También añade que su capacidad para realizar el trabajo del que ha sido removido ha quedado acreditada en la vía judicial, y que, a pesar de ello, ha dejado de realizar funciones que implican complejidad, pasándole a un puesto sin trabajo o en el que se realizan esporádicamente otras tareas de categoría inferior a la suya, resultando afectado su derecho a la promoción y formación profesionales.

4. Por providencia de 5 de diciembre de 2002, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requirió a la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al Juzgado de lo Social núm. 7 de la misma ciudad, para que en el plazo de diez días remitiesen testimonio de las actuaciones, interesándose al propio tiempo que se emplazase a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación de 13 de marzo de 2003, se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y escrito del Procurador don Juan Ignacio Ávila del Hierro, a quien se tiene por personado y parte, como solicita, en nombre y representación del Instituto Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Málaga. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, la Sala acuerda dar vista de todas las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudiesen presentar alegaciones.

6. El Ministerio Fiscal alega mediante escrito registrado el 11 de abril de 2003. Tras sintetizar los hechos y fundamentos jurídicos contenidos en la demanda de amparo, recuerda que conforme a la doctrina constitucional –con cita en la STC 5/2003, FJ 7– en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue que 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, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese derecho fundamental. Asimismo, añade que conforme a lo mantenido en la STC 17/2003 (FJ 6), el carácter público del organismo contratante no es argumento suficiente para colegir la inexistencia de lesión, marginando el funcionamiento de las reglas de distribución de la carga de la prueba propias de la prueba indiciaria en el proceso laboral, y que la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad. Finalmente, trae a colación lo dicho en la STC 265/2000 (FJ 5), según la cual 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.

El Ministerio Fiscal expresa su discrepancia con las decisiones judiciales impugnadas que desestimaron la demanda del recurrente en amparo. En primer lugar, y con relación a la eventual lesión del derecho a la garantía de indemnidad, dice que la Administración aportó como única justificación de su actuación la redistribución del

trabajo administrativo pero que, teniendo en cuenta el modo en que se realizó (esto es, habiéndose traducido, en la práctica, en la supresión casi total de tareas del recurrente, cuyo anterior desempeño profesional no había merecido objeción alguna), no puede decirse que obedeciese a criterios de eficacia del servicio, sino, más bien, simplemente a su *ius variandi*. En este sentido, considera que la conveniencia de reordenar el organigrama de la Administración, que se apunta como justificativa de la decisión, no merece acogida por cuanto tal conveniencia se ha logrado a costa del sacrificio de los derechos salariales y profesionales del trabajador y que, en definitiva, tal ajuste no se habría producido puesto que la Administración se ha limitado a un intercambio de dos trabajadores que siguen ostentando la misma categoría de administrativo. Con todo ello, entiende el Fiscal que, como consecuencia de haber obtenido resoluciones judiciales favorables, el recurrente ha perdido su puesto de trabajo, ha dejado de realizar las tareas que satisfactoriamente realizaba, ha sido relegado a una práctica inactividad y ha visto minorado sensiblemente su salario. Por el contrario, la demandada no ha logrado justificar suficientemente que su decisión resulte ajena al móvil denunciado, en tanto que no basta con alegar a tal efecto sus capacidades de organización empresarial sobre la base de la necesidad de un ajuste en el organigrama del trabajo, ajuste que con el cambio de puesto del recurrente no se ha obtenido.

En segundo lugar, y con referencia a la lesión de los derechos a la igualdad y no discriminación, libertad sindical, honor y dignidad, considera el Fiscal que todas esas quejas deben ser reconducidas a la vulneración del derecho de libertad sindical, en su garantía de indemnidad, pues con todas ellas, en definitiva se denuncia que el cambio de puesto de trabajo ordenado por la empleadora se ha adoptado como consecuencia de la afiliación y militancia del actor.

Centrado, pues, en la queja relativa a la vulneración del art. 28.1 CE, prosigue diciendo que las Sentencias cuestionadas recogen la conflictiva situación (uno de cuyos últimos episodios había acaecido escaso tiempo antes de que se tomara la decisión empresarial cuestionada), entre el sindicato a que está afiliado el recurrente y el organismo empleador. Asimismo, destaca también que la decisión empresarial fue notoriamente perjudicial para el demandante desde el punto de vista remunerativo; que afectó sólo a los afiliados a ese Sindicato; que la única justificación fue la redistribución del trabajo administrativo; que después del cambio de puesto al demandante se dejó de asignarle prácticamente tareas; y que el convenio colectivo mira con desconfianza los cambios de puesto de trabajo de los miembros del comité, que sólo autoriza en determinados supuestos que no se ha alegado ni demostrado que concurren. A la vista de lo cual, considera que constatada la existencia de una pluralidad de indicios y la ausencia de justificación de la decisión por el organismo demandado, que ni siquiera intentó tal justificación, los indicios aportados por el demandante deben desplegar toda su operatividad y debe declararse la lesión de su derecho a la libertad sindical. Precisa, finalmente, que aunque el actor dirige su demanda contra las resoluciones judiciales, lo hace porque las mismas no han considerado vulneradora de sus derechos la resolución administrativa que era objeto de examen, por lo que el amparo debe entenderse igualmente dirigido contra ellas. En consecuencia, interesa que se anulen tanto las Sentencias impugnadas como la Resolución de 18 de julio de 2000 de la Dirección Gerencia del Instituto Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Málaga que acordó el cambio de puesto del recurrente.

7. El de 9 de abril de 2003 presenta su escrito de alegaciones el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Avila del Hierro en representación del Instituto Municipal

de la Vivienda del Ayuntamiento de Málaga, interesando la denegación del amparo solicitado. En primer lugar, niega que se haya producido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva denunciada ya que, como se ha declarado en las Sentencias impugnadas, la actuación de la demandada únicamente ha puesto fin a la situación excepcional que se venía produciendo al mantener al actor en el desempeño de una categoría profesional para la que no había sido contratado ni para la que estaba objetivamente habilitado al carecer de la titulación requerida. En este sentido, se señala que las acciones entabladas por el actor en orden a reclamar lo que, a su entender, tenía derecho en virtud de esa situación anómala, han tenido acogida favorable por parte de los juzgadores de instancia y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo, lo que ha llevado a esa parte, en congruencia con tales resoluciones, a ubicar al demandante en el puesto de trabajo y categoría que contractualmente y conforme al convenio de aplicación le es inherente. Es esa la conclusión a la que ha llegado la Sala al desestimar el recurso de suplicación, confirmando lo decidido en la instancia. Además, añade que la inversión de la carga probatoria que se esgrime por el recurrente no puede operar, ya que en ningún momento se ha acreditado la vulneración de los derechos fundamentales que se alegan, sino que el recurrente se ha limitado a describir una relación de hechos que no pueden constituir indicios de lesión. Y destaca particularmente la circunstancia de que la persona designada para ocupar el puesto que venía desempeñando el recurrente, ostentaba la titulación exigida para ocuparlo, y, además, pertenece a su misma organización sindical.

En segundo lugar, y con relación a la supuesta vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación, libertad sindical, honor y dignidad, se reitera que la demandada se ha limitado a normalizar una situación excepcional que se venía produciendo y a adecuar al actor a la categoría profesional que ostentaba, y que no se puede alegar discriminación por cambiarle de puesto cuando el actor no podía acceder al nivel profesional que inadecuadamente venía desempeñando. Finalmente, se concluye diciendo que resulta sorprendente la alegación relativa a la discriminación padecida por los afiliados al Sindicato CC OO, cuando desde 1997 se han producido numerosos ascensos por promoción interna del personal y un alto porcentaje de los trabajadores afectados estaban adscritos a esa organización sindical, entre otros, el propio presidente del comité de empresa o la Sra. García Salcedo, hermana del recurrente.

8. La representación procesal de la parte recurrente no cumplimentó el trámite conferido en virtud del art. 52 LOTC, al no presentar escrito de alegaciones.

9. Por providencia de 12 de enero de 2006, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El recurso de amparo exige determinar si la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Málaga, de 6 de noviembre de 2000, y la Sentencia de la Sala de lo Social con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de julio de 2001, que la confirma, han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de garantía de indemnidad, a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al honor (art. 18.1 CE) y a la dignidad (art. 10.1 CE), por no haber declarado que el cambio de puesto de trabajo del recurrente constituye una represalia de la demandada por haber ejercitado

acciones judiciales contra ella, así como por el desempeño de su actividad sindical.

En primer lugar, el recurrente fundamenta la lesión de su derecho a la garantía de indemnidad alegando que el cambio de puesto de trabajo del que ha sido objeto es una represalia por haber ejercitado acciones judiciales en reclamación de cantidad, a través de las que se le reconoció el derecho al abono de las diferencias retributivas reclamadas con motivo de la realización de trabajos de superior categoría profesional. En segundo lugar, sostiene que la represalia no sólo tiene por causa las citadas reclamaciones judiciales individuales, sino también su activa participación en diversas denuncias y acciones legales realizadas por el comité de empresa del que forma parte, o por el sindicato Comisiones Obreras (CC OO) a cuya sección sindical pertenece, con lo que también se habrían vulnerado los derechos reconocidos en los arts. 14 y 28.1 CE. En tercer lugar, denuncia la vulneración del derecho al honor y a la dignidad, en tanto que el cambio de puesto no sólo es injustificado, sino que conlleva una degradación profesional y su falta de ocupación efectiva.

El Ministerio Fiscal pide que declaremos la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical (derecho este último al que entiende que se han de reconducir el resto de los citados) al considerar que existen indicios de su lesión que no han sido rebatidos por la demandada, pues no ha probado que la medida adoptada obedezca a razones extrañas al propósito discriminatorio denunciado. Por su parte, el Instituto Municipal de la Vivienda rechaza las vulneraciones constitucionales denunciadas, alegando que, como han declarado las resoluciones judiciales recurridas, su actuación se limitó a normalizar una situación excepcional que se venía produciendo y a adecuar al demandante a la categoría profesional que ostentaba.

2. Respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de garantía de indemnidad, será preciso recordar brevemente la doctrina de este Tribunal. 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 también cuando 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. Hemos dicho, en efecto, que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, STC 171/2005, de 20 de junio, FJ 3, y doctrina que en ella se cita).

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; 196/2000, de 24 de julio, FJ 3; 199/2000, de 24 de julio, FJ 4; 198/2001, de 4 de octubre, FJ 3; 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; y 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que 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 debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, 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. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores].

Asimismo, también es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que una 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 demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presentada esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se manifiestan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado 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 (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 30).

3. Procede ahora examinar si en el presente caso la decisión cuestionada (cambio de puesto de trabajo del actor) constituye una vulneración de la garantía de indemnidad, por constituir una represalia frente a aquél por ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva para el reconocimiento de sus derechos laborales.

Como hemos recogido en los antecedentes de hecho, el recurrente en amparo, que ostenta la categoría profesional de administrativo, venía realizando para el IMV del Ayuntamiento de Málaga, dentro de su Servicio de gestión económica y presupuestaria, funciones propias de una categoría profesional superior, a saber, las correspondientes a un técnico de grado medio. Por tal motivo, y con el objeto de que se le retribuyese en función del trabajo que estaba desempeñando, formuló sendas demandas de reclamación de cantidad (autos núm. 1257/98 y 410-2001, seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Málaga), que fueron estimadas parcialmente, ya que se le reconocieron las diferencias retributivas reclamadas al quedar acreditada la encomienda y realización de tareas que excedían de las que eran propias de un administrativo (que se correspondían con las funciones que se encuadraban en la categoría de técnico de grado medio), y se le desestimó, sin embargo, la pretendida consolidación del complemento retributivo reclamado. Después de resolverse por el Juzgado de lo Social la segunda de las mencionadas demandas de reclamación de cantidad (la recaída en los autos núm. 410-2001), con fecha de 18 de julio de 2000 el Instituto demandado le comunicó al recurrente su adscripción al Servicio de gestión y administración del patrimonio debido a una redistribución del trabajo administrativo entre servicios, en donde desempeñaría las funciones y responsabilidades correspondientes a su categoría profesional de administrativo. Por tal motivo, el recurrente pasó a ocupar el puesto de administrativo que en tal Servicio venía desempeñando hasta entonces doña Loreto Pareja (también con categoría profesional de administrativo pero, a diferencia del recurrente, en posesión de titulación de grado medio) que, a su vez, fue asignada al Servicio de gestión económica y presupuestaria del que procedía aquél. En el nuevo puesto, el recurrente dejó de percibir el plus de responsa-



bilidad económica que venía cobrando por el manejo de fondos públicos mientras realizaba funciones de cajero en el Servicio de gestión económica y presupuestaria de procedencia.

4. La aplicación al caso de autos de la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico segundo de esta Sentencia, nos conduce a negar la lesión de la garantía de indemnidad que el recurrente en amparo denuncia, ya rechazada en las resoluciones judiciales recaídas en los autos núm. 1073-2000 sobre tutela de derechos fundamentales.

Para apreciar la lesión de la garantía de indemnidad que se invoca sería preciso que el recurrente hubiese aportado indicios suficientes de que el discutido cambio de puesto constituía una reacción o respuesta sancionadora de la demandada por haber accionado judicialmente contra ella. No es suficiente el simple dato de que la decisión empresarial que se tacha de lesiva (cambio de puesto) haya sido precedida temporalmente por una acción judicial del trabajador frente a la empresa (en este caso, reclamaciones de cantidad citadas), sino que es preciso que esta última (o los actos previos o preparatorios para ejercitarla) haya sido la causante de la actuación que se tilda de lesiva, constituyendo una reacción o respuesta ilegítima frente al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

De los hechos acreditados en el presente caso no se infieren indicios de la existencia de una reacción ilegítima o represiva de la empresa lesiva de la garantía de indemnidad. En primer lugar, no cabe calificar como indicio de lesión el que el cambio de puesto de trabajo acordado en el mes de julio de 2000, debido a una redistribución del trabajo administrativo entre servicios (en virtud de la cual al actor se le asignó un puesto acorde con su categoría profesional de administrativo), coincidiese temporalmente con la notificación de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Málaga, de 10 de julio de 2000 (recaída en los autos sobre reclamación de cantidad núm. 410-2001). Ciertamente, el recurrente ya había accionado judicialmente contra la demandada en reclamación de cantidad por idénticos motivos en el mes de octubre de 1998 (autos núm. 1257/98), obteniendo una resolución judicial que estimó parcialmente su pretensión en septiembre de 1999. A pesar de ello, no consta que por tal motivo, la empresa hubiese mantenido una actitud de hostilidad, enfrentamiento o represalia contra el recurrente por haber accionado judicialmente en reclamación de sus derechos laborales, sino que éste siguió desempeñando su puesto de trabajo en los mismos términos en los que lo venía haciendo.

Como han mantenido el Juzgado y la Sala de lo Social en la vía judicial previa a este amparo, la decisión cuestionada, acordada en ejercicio de los poderes de dirección y organización empresariales, trató de corregir una situación que en la vía judicial (autos de reclamación de cantidad núm. 1257/98 y 410-2001) se había calificado como «irregular», al evidenciarse el desajuste entre funciones y categoría profesional mantenido por la empresa con relación al recurrente. Una vez verificada judicialmente en los dos procedimientos de reclamación de cantidad la irregularidad o anomalía cometida, parece lógico que la empresa, ante la necesidad de redistribuir el trabajo administrativo entre servicios, decidiese corregirla asignando al recurrente a un puesto de trabajo acorde con su categoría profesional, sin que tal actuación resulte lesiva de la garantía de indemnidad.

Tampoco puede constituir indicio de lesión la circunstancia de que el actor dejase de percibir en el nuevo puesto el complemento de responsabilidad económica, ya que, tal y como se le advertía cuando se le concedió (Decreto de 31 de julio de 2000 del Alcalde del Ayuntamiento de Málaga), su percepción estaba condicionada al manejo de fondos públicos. Cesado en sus funciones

de cajero, no concurrían, por lo tanto, las circunstancias precisas para el devengo de la citada cantidad en el puesto al que fue destinado. Asimismo, el eventual incumplimiento de formalidades para llevar a cabo el cambio de puesto (a saber, según dice el recurrente, la falta de comunicación al comité de empresa de la decisión empresarial de cambiar de puesto a uno de sus miembros), podría afectar, en su caso, a la corrección de la modificación desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, pero no constituye indicio alguno de la vulneración que se alega. Tampoco lo es el que el intercambio de puestos discutido haya necesitado de un periodo de readaptación de los trabajadores afectados, cuando las modificaciones operadas en el puesto de trabajo suelen requerir, precisamente, una adaptación del trabajador a las nuevas condiciones laborales.

Finalmente, no cabe deducir de los autos ni del relato fáctico contenido en las Sentencias impugnadas la falta de ocupación efectiva en el nuevo puesto de trabajo que el recurrente sostiene como indicio de la lesión de su derecho a la garantía de indemnidad. No cabe apreciar el incumplimiento empresarial de la obligación de dar ocupación efectiva al solicitante de amparo, sino únicamente una disminución de la actividad laboral en el nuevo puesto debida a la coincidencia del cambio con el periodo vacacional (pues se efectuó en el mes de julio del 2000) así como con el disfrute de otros permisos (de los que no existe mayor especificación en el relato de hechos probados de las resoluciones impugnadas, pero que han sido valorados por los órganos judiciales en ambas instancias para negar la falta de ocupación efectiva). Además, también quedó acreditado que se estaba en espera de la realización de un concreto programa informático para su manejo por el recurrente, lo que, unido a lo anterior, justificaría suficientemente la disminución de la carga de trabajo que se denuncia.

Ha de rechazarse, en conclusión, que se haya lesionado en este caso la garantía de indemnidad ex art. 24.1 CE. No nos encontramos ante una actuación empresarial que constituya una represalia o reacción ilegítima contra el previo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sino ante una decisión tendente a la corrección de una situación calificada como irregular por los órganos judiciales, y es obvio que la misma no se puede mantener a través de la vía constitucional de amparo.

5. Finalmente, y por lo que al resto de las quejas del recurrente se refiere (a saber, vulneración de los derechos fundamentales ya citados, reconocidos en los arts. 10.1, 14, 18.1 y 28.1 CE), todas ellas han de reconducirse, como indica el Ministerio Fiscal, a la alegación relativa a la trasgresión del art. 28.1 CE, ya que lo que se denuncia es un trato discriminatorio frente al recurrente por ejercer la actividad sindical dentro de la empresa. En este sentido, se sostiene, de un lado, que la empresa con su actuación ha cercenado únicamente los derechos laborales de los afiliados a CC OO (únicos afectados por el cambio de puestos discutido); de otro lado, que el cambio de puesto del recurrente es una represalia por su actividad sindical por: 1) haber propuesto al resto del comité de empresa, mediante documento redactado al efecto, que se calificase como ilegal la concesión de los abonos de determinados complementos al personal de las direcciones técnicas de obras, lo que provocó un enfrentamiento con el personal que había de percibir la mencionada cantidad; y, 2) haber acordado conjuntamente con los otros miembros del comité de empresa y firmado con el resto de la ejecutiva de la sección sindical de CC OO, la impugnación judicial del nombramiento del Sr. Zumaquero Torres como Jefe del departamento de administración del patrimonio en junio de 2000, así como haber denunciado por medio de escrito de 9 de junio de 2000 diversas irregularidades del Instituto Municipal de la Vivienda.

Para examinar la queja del recurrente relativa a la lesión de su derecho fundamental a la libertad sindical, conviene recordar brevemente que conforme reiterada doctrina (recogida recientemente en nuestra STC 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 4) tal derecho comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 94/1995, de 16 de junio, FJ 2; y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3). Este derecho garantiza también 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 aquellos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2).

6. La aplicación de esta doctrina conduce a la denegación del amparo también en este punto ya que, a través de una correcta ponderación del derecho fundamental invocado, los órganos judiciales rechazaron la discriminación sindical denunciada al no existir indicio de que la conducta de la demandada supusiese una discriminación del recurrente por razón de su afiliación o actividad sindical. No se desprende de los hechos acreditados en el caso que el cambio de puesto de trabajo del recurrente encubriese o enmascarase una represalia por el ejercicio de su actividad sindical en la empresa.

En primer lugar, la circunstancia de que el cambio de puesto de trabajo que se discute afectase a dos afiliados de CC OO no resulta indicativo de la discriminación sindical que se denuncia, toda vez, como ya se ha dicho, que el mismo estaba justificado en la necesidad de asignar al recurrente a un puesto de trabajo acorde con su categoría profesional, corrigiendo la irregularidad de que desempeñase funciones de categoría superior sin tener el título de grado medio requerido para ello. Asimismo, no se intuye en qué medida se cercenaron los derechos de la afiliada a CC OO que pasó a desempeñar su puesto (Sra. Pareja), en tanto en cuanto la misma cumplía con los condicionantes exigidos para ocuparlo, ya que tenía la categoría profesional de administrativa y contaba con el título de grado medio del que el recurrente carecía.

En segundo término, no existen indicios razonables que conecten el cambio de puesto de trabajo con el ejercicio de su actividad sindical. A este respecto, el recurrente invoca determinadas actuaciones realizadas por el comité de empresa o por la sección sindical de CC OO, más o menos coincidentes temporalmente con su cambio de puesto, como son la impugnación del nombramiento de un jefe de departamento, la oposición al cobro de un complemento salarial por determinados trabajadores, o la solicitud por medio de escrito de 9 de junio de 2000, de una reunión con la concejal delegada del Instituto Municipal de la Vivienda para tratar de determinados asuntos relativos a la organización y al personal. Tales hechos no son susceptibles de generar la sospecha de la concurrencia de la discriminación sindical que se alega, pues no acreditan, como pretende el recurrente, la existencia de la alegada conflictividad u hostilidad de la empresa hacia el sindicato y sus afiliados, sino que ponen de manifiesto lo que constituye el normal desarrollo de la actividad sindical, la posición dialéctica de contrapoder que los sindica-

tos mantienen respecto de los empleadores en la defensa de sus objetivos (por todas, SSTC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4; y 94/1995, de 19 de junio, FJ 5).

7. Por todo lo dicho, es necesario concluir que no se ha producido la vulneración de ninguno de los derechos fundamentales invocados por el recurrente en amparo.

#### FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Antonio García Salcedo.

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

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil seis.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

#### 2572

*Sala Primera. Sentencia 4/2006, de 16 de enero de 2006. Recurso de amparo 6196-2001. Promovido por don Diego Suárez Junquera frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que revocó la del Juzgado de Cádiz y desestimó su demanda contra el INSS sobre pensiones de viudedad y orfandad.*

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (incongruencia): sentencia de suplicación que no resuelve la discrepancia con los hechos probados del fallo de instancia favorable, sobre el descubierto de cotizaciones, suscitada al impugnar el recurso.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6196-2001, promovido por don Diego Suárez Junquera, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa María Sainz de Baranda Riva y asistido por el Abogado don Jorge Cotrino García, contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación núm. 4045-2000, de fecha 29 de junio de 2001, así como contra Auto de 21 de septiembre de 2001, dictado en recurso de aclaración por la misma Sala. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y se ha personado don Luis Fernando Álvarez Wiese, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, asistido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social don Ángel Cea