

flicto, lo que sólo es posible llevar a cabo por el Tribunal Constitucional ponderando por sí mismos dichos derechos para poder comprobar en debida forma si la restricción impuesta por los órganos judiciales a uno u a otro está constitucionalmente justificada.

6. En el presente caso, la información según la cual el Sr. Carrasco i Formiguera fue condenado «exclusivamente» por los testimonios de determinados catalanes, entre ellos el Sr. Trías Bertrán, y que tales testigos comparecieron «voluntariamente» ante el Instructor de la causa es una información sobre hechos, no es manifestación de una opinión o juicio de valor como pretende la Sentencia de la mayoría

Tratándose de colisión del derecho a la información con el derecho al honor, resultan requisitos decisivos para la prevalencia del derecho de la información la veracidad de la noticia y la relevancia pública de la misma (por todas, SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2, y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3).

En el presente caso, las informaciones a que se ha hecho referencia (voluntariedad de la comparencia como testigos, exclusividad del testimonio como fundamento de la Sentencia condenatoria) no reúnen el requisito de la veracidad. En este sentido, cabe recordar el artículo publicado por el reputado historiador Josep Benet en la Revista de la Comunicación de «La Vanguardia», el domingo, 9 de abril de 1995, donde se afirma: «En el programa se dice que los 8 testigos catalanes se presentaron “voluntariamente”. Es falso. Los testigos catalanes se presentaron ante el juez instructor porque recibieron una “previa citación” del juzgado, tal como consta en el sumario, fotocopia del cual tiene en su poder la directora del programa».

En cuanto a la relevancia de las declaraciones para la condena, el conocido historiador, de acentuada formación catalanista, sostiene: «La manipulación de las declaraciones de los ocho testigos catalanes, ante el juez instructor, con la solemnidad que les otorga, sugiere que fueron hechas ante el Tribunal Militar. Y, sin embargo, sólo uno de ellos, Bru Jardí, asistió a la vista oral, a pesar de haber sido citados todos ellos. Por tanto, al no haber declarado ante el Tribunal Militar ninguno de los otros siete, sus declaraciones ante el juez instructor carecieron de trascendencia jurídica». Por otro lado, en su artículo Benet recuerda que los hechos sobre los que declararon ante el juez instructor eran notorios.

La misma descripción de un hecho triste del pasado reciente español es la efectuada por el historiador Hilari Ragué en su biografía de Carrasco i Formiguera. El reportaje de televisión «Sumaríssim 477» carece de solidez constitucionalmente exigible a cualquier información de hechos.

7. Frente al criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo y el de la Sentencia de este Tribunal de la que estoy discrepando, la supuesta «voluntariedad» de la comparencia de los testigos y el hecho de que la condena se basara «exclusivamente» en sus testimonios son hechos cuya veracidad ni han acreditado los autores del reportaje en ninguna de las instancias ante la jurisdicción ordinaria, ni han quedado demostrados con pruebas ante este Tribunal.

Y dado que esos hechos atentan gravemente al honor de don Carlos Trías Bertrán y de sus hijos considero que debió concederse el amparo.

Firmo este Voto discrepante en Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

**7370** Sala Primera. Sentencia 44/2004, de 23 de marzo de 2004. Recurso de amparo 3209-2000. Promovido por doña María Salceda Elvira Gómez Reid frente a las Sentencias y Auto de las Salas de lo Social del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social sobre prestación contributiva de desempleo.

*Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la libertad sindical: validez de las cotizaciones por desempleo de sindicalistas que no se encuentran en situación de excedencia forzosa con reserva de puesto de trabajo.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3209-2000, promovido por doña María Salceda Elvira Gómez, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por el Letrado don Enrique Lillo Pérez, contra Resoluciones del Instituto Nacional de Empleo de 28 de septiembre de 1998 y 2 de diciembre de 1998, sobre prestación contributiva de desempleo y contra la Sentencia, confirmatoria de dichas Resoluciones, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid el 8 de abril de 1999 en autos núm. 13/99, y la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 1999, que desestima el recurso de suplicación núm. 3630/99, así como el Auto de 28 de marzo de 2000 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3654/99 interpuesto frente a dicha Sentencia. Han intervenido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa de Jesús Castro y asistida por la Letrada doña Eva Urdano Blanco. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 2 de junio de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de doña María Salceda Elvira Gómez, formuló demanda de amparo contra las Resoluciones judiciales reseñadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son los siguientes:

a) La actora, tras cesar el 14 de septiembre de 1998 en la relación laboral que mantenía desde el 24 de septiembre de 1996 con el Ministerio de Educación y Ciencia, solicitó el 24 de septiembre prestación de desempleo al Instituto Nacional de Empleo (INEM), que por Resolución de fecha 28 de septiembre de 1998 le reconoció el derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo con 240 días de prestación, con relación a 860 días de cotización, al no computarle los servicios retri-

buidos prestados desde el 5 de enero de 1992 al 27 de febrero de 1996, período en que permaneció en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (en adelante, CC OO) en calidad de sindicalista con dedicación exclusiva, ejerciendo funciones de responsabilidad sindical como miembro de la Comisión Ejecutiva Confederal de CC OO (Secretaría de Empleo), con participación en el gobierno y dirección del mismo, puesto en el que cesó tras el VI Congreso de la Confederación Sindical de CC OO celebrado en enero de 1996. Con anterioridad a dicho período venía desempeñando ese mismo cargo de Secretaría de Empleo desde 1984, si bien no con dedicación exclusiva ni con retribución a cargo del sindicato, ya que mantuvo relaciones laborales desde ese año hasta el 5 de enero de 1992, en que pasó a desempeñar con carácter exclusivo el cargo de Secretaría de Empleo de CC OO, con dos empresas sucesivamente, Constructora Nacional de Maquinaria, S.A., y ABB Service, S.A., donde cotizó a la Seguridad Social y por la contingencia de desempleo. Por otra parte, si bien los Estatutos de la Confederación Sindical de CC OO (V Congreso) establecen que los sindicalistas con dedicación exclusiva tienen con el sindicato una relación de naturaleza asociativa y representativa con exclusión del vínculo laboral, durante el mencionado período de tiempo del 5 de enero de 1992 al 27 de febrero de 1996 en que la demandante desempeñó su cargo de Secretaría de Empleo con dedicación exclusiva, permaneció en alta en el régimen general de la Seguridad Social y CC OO y la demandante efectuaron las cotizaciones correspondientes al mencionado período, incluidas las relativas a la contingencia de desempleo.

b) Contra la Resolución del INEM interpuso reclamación previa, por no estar conforme con el período de prestación reconocido. Y así solicitó que se reconociese la prestación por desempleo durante 660 días, alegando que se le debía computar el tiempo de servicios cotizados en CC OO desde el 5 de enero de 1992 al 27 de febrero de 1996. Subsidiariamente, pedía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la protección por desempleo, que se le reconociese la prestación durante 420 días, como resultado de retrotraer el período de ocupación cotizada por el tiempo equivalente al período referido, en que permaneció como sindicalista con dedicación exclusiva, considerando dicho período como un paréntesis o espacio temporal «neutro», computándose las cotizaciones realizadas en empresas para las que trabajó antes de acceder al desempeño de su cargo sindical con dedicación exclusiva. Por Resolución de 2 de diciembre de 1998 fue desestimada la reclamación previa, al considerar el INEM que las funciones de responsabilidad sindical en el ámbito de gobierno y dirección del sindicato, desarrolladas por la solicitante entre el 5 de enero de 1992 y el 27 de febrero de 1996 no se pueden considerar como una relación laboral, exigida para el encuadramiento en el ámbito de la protección por desempleo, de conformidad con el art. 205 de la Ley general de la Seguridad Social, estando establecida la exclusión de la relación laboral por la jurisprudencia y por el art. 44 de los propios estatutos del sindicato CC OO. Y tampoco resulta posible la retroacción del período de referencia de seis años, porque ello sólo se prevé en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, para quienes se encuentran en una situación de excedencia forzosa en una relación laboral, que se mantiene en vigor con reserva de puesto de trabajo por el ejercicio del cargo sindical, lo que no ha sido acreditado ni alegado. Por la misma razón, no procede el cómputo de las cotizaciones que respecto a los cargos sindicales ha instruido el INEM, porque ello se refiere asimismo a los supuestos de excedencia forzosa en una relación laboral.

c) Agotada así la vía administrativa, la recurrente interpuso demanda ante la jurisdicción social frente al INEM y frente a la Confederación Sindical de CC OO, en solicitud de que o bien se le computase el período de tiempo en que prestó servicios retribuidos en CC OO como Secretaria de Empleo con dedicación exclusiva (5 de enero de 1992 a 27 de febrero de 1996), con derecho a percibir la prestación durante 660 días o, subsidiariamente, se le concediese la retroacción del período de seis años anteriores a la situación legal de desempleo utilizado para el cómputo de las cotizaciones, considerando como período «neutro» el referido al tiempo en que prestó servicios retribuidos en CC OO como Secretaria de Empleo con dedicación exclusiva, con derecho a percibir la prestación durante 420 días, todo ello a partir del 15 de septiembre de 1998. Alegaba asimismo que la Resolución del INEM vulneraba el art. 28.1 CE, por entender que la actividad sindical puede verse dificultada si no se admite la posibilidad de que el sindicato tenga dirigentes sindicales con dedicación exclusiva, para lo cual es necesario que sean asalariados y gocen, en consecuencia, de los mismos derechos que los trabajadores por cuenta ajena. Alegaba también la vulneración del art. 41 CE, haciendo referencia a diferentes colectivos que, pese a no tener la condición de trabajadores por cuenta ajena, también han sido incluidos por diferentes normas, legales o reglamentarias, en la protección por desempleo (funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones públicas, liberados de prisión, personal de empleo interino de la Administración de Justicia, socios trabajadores de cooperativas de trabajo, estibadores portuarios, etc.).

d) La demanda fue desestimada por Sentencia de 8 de abril de 1999 del Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid (autos núm. 13/99). En la Sentencia se razona que las cotizaciones efectuadas durante el tiempo en que la demandante permaneció prestando servicios retribuidos como sindicalista con dedicación exclusiva en la Confederación Sindical de CC OO (desde el 5 de enero de 1992 al 27 de febrero de 1996) no pueden ser tenidas en cuenta a efectos del cálculo de la prestación por desempleo, al no tener durante dicho período la condición de trabajadora por cuenta ajena que exige el art. 205 de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), toda vez que de acuerdo con el art. 44 de los Estatutos de la Confederación Sindical de CC OO, según redacción del V Congreso, los sindicalistas con dedicación exclusiva tienen con el sindicato una relación de naturaleza asociativa y representativa, con exclusión del vínculo laboral, sin que a ello obste que la actora estuviera en alta y cotizara en el régimen general de la Seguridad Social, pues la afiliación a la Seguridad Social no es determinante por sí misma de la existencia de relación laboral. Y tampoco cabe entender que sea aplicable lo dispuesto en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, en cuanto a la retroacción a que alude dicho precepto, toda vez que se refiere a quienes se encuentran en situación de excedencia forzosa, por elección para un cargo público o sindical, en una relación laboral con derecho a reserva de puesto de trabajo, lo que no es el caso de la demandante. Asimismo se rechaza que exista lesión del art. 14 CE por no computar a efectos de la prestación contributiva de desempleo los períodos en los que se ejercen funciones de dirigente sindical con dedicación exclusiva, porque los dirigentes sindicales no son trabajadores por cuenta ajena, de suerte que falta la imprescindible homogeneidad para establecer comparaciones en términos de igualdad entre unos y otros, estando por tanto justificada la diferencia de trato a efectos de la protección por desempleo. Del mismo modo se rechaza que exista vulneración del art. 28.1

CE, por cuanto de la decisión del legislador de no incluir a los dirigentes sindicales en la protección por desempleo no cabe deducir un quebranto del derecho a la libertad sindical, sin que la demandante haya acreditado indicio alguno de la presunta lesión.

e) Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de suplicación (recurso núm. 3630/99), en el que plantea que la clave interpretativa del pleito es la vulneración de los arts. 14 y 28.1 CE porque el INEM dispensa distinto trato a los sindicalistas retribuidos por su sindicato que se encuentran en situación de excedencia forzosa en una empresa que a los sindicalistas retribuidos por su sindicato que no se encuentran en situación de excedencia forzosa (como es el caso de la demandante), pues a los primeros el INEM les computa las cotizaciones efectuadas por el sindicato y además retrotrae el período de calificación si ello resulta necesario, considerando ese tiempo de cotización por el desempeño del cargo sindical como tiempo neutro, mientras que a los segundos ni les computa ese período ni les aplica el beneficio de la retroacción, en su caso, sin que el hecho de ser titular de una excedencia forzosa pueda constituir un elemento jurídico o causa suficiente, proporcionada o razonable como para justificar diferencias de trato tan radicales e intensas entre unos y otros sindicalistas. El recurso de suplicación fue desestimado por Sentencia de 14 de septiembre de 1999 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La Sala asume el criterio de la Sentencia de instancia en cuanto a que los sindicalistas con dedicación exclusiva quedan excluidos de la protección por desempleo, al no tener la condición de trabajadores por cuenta ajena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 205 LGSS en relación con los arts. 207 c) y 208 de la misma Ley, sin que el mero pago de cuotas por tal contingencia durante el período en que se han desempeñado esas funciones de dirigente sindical altere la anterior inclusión —y sin perjuicio del posible reintegro de esas cuotas—. Asimismo concluye que tampoco cabe acceder a la pretensión subsidiaria de la recurrente de aplicar la retroacción prevista en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, en relación con el art. 2.5 del mismo reglamento, porque no se encontraba en situación de excedencia forzosa durante el lapso temporal en que permaneció como Secretaria de Empleo de CC OO con dedicación exclusiva y retribuida por dicha confederación sindical. Igualmente se rechaza que exista vulneración de los arts. 7 y 28.1 CE, porque la normativa sobre protección por desempleo no integra el contenido esencial y básico, ni tampoco el adicional, de la libertad sindical, pues las especiales medidas de tutela del derecho a la libertad sindical establecidas con el fin de hacer efectivo su ejercicio no resultan vulnerados por el hecho de que la cobertura de desempleo no incluya a quienes no son trabajadores por cuenta ajena, descartándose igualmente la vulneración del principio de igualdad en razón de la carencia de la necesaria homogeneidad para su aplicación.

f) Contra esta Sentencia la demandante interpuso recurso para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por Auto de 28 de marzo de 2000 dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada (art. 222 LPL) y por falta de contradicción entre la Sentencia impugnada y la invocada como contraste (art. 217 LPL).

3. La demandante de amparo invoca la vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con el mandato contenido en el art. 41 CE.

La demanda sitúa como clave interpretativa del pleito constitucional la cuestión de si el elemento formal de hallarse en situación de excedencia forzosa con derecho a reserva de puesto de trabajo es causa suficiente, proporcionada y razonable como para justificar diferencias de tratamiento tan radicales e intensas. Sostiene que las Resoluciones administrativas y judiciales impugnadas vulneran el principio de igualdad ante la ley al no computar, a efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo, las cotizaciones efectuadas por la demandante cuando desempeñaba las funciones retribuidas de sindicalista con dedicación exclusiva en la Confederación Sindical de CC OO. Las Resoluciones del INEM y las posteriores Sentencias confirmatorias establecen una distinción irrazonable entre sindicalistas con dedicación exclusiva a su organización, de la que perciben una retribución económica y en la que están en alta y cotizan a la Seguridad Social, manteniéndose en situación de excedencia forzosa en su empresa anterior y sindicalistas con dedicación exclusiva a su organización, de la que perciben una retribución económica y en la que están en alta y cotizan a la Seguridad Social, pero sin mantener una situación de excedencia forzosa en una empresa. Señala al respecto que la exigencia de la situación formal de excedencia forzosa, conforme a la tendencia jurisprudencial (que en muchas ocasiones asimila excedencia voluntaria a excedencia forzosa), ha de flexibilizarse, puesto que no constituye una causa justificativa, suficiente, relevante y válida, de la diferencia. La demandante tenía relación laboral previa antes de pasar a desempeñar su cargo sindical retribuido y con dedicación exclusiva, por lo que el hecho de que no hallarse en situación de excedencia forzosa en esa relación laboral no puede privarla, sin lesionar el art. 14 CE, de la interpretación extensiva que el INEM viene realizando de lo dispuesto en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en relación con el art. 2.1 a) de dicho Real Decreto, merced a la cual se computan a efectos de la protección por desempleo las cotizaciones efectuadas por el dirigente sindical con dedicación exclusiva durante el desempeño del cargo, siempre que estuviera en situación de excedencia forzosa en una relación laboral previa. En definitiva, la interpretación del INEM, confirmada por las Resoluciones judiciales impugnadas, vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) ya que los mismos servicios prestados (y cotizados) generarán o no derecho a prestaciones por desempleo, en su caso, dependiendo de que el trabajador sindicalista se encontrara o no en situación de excedencia forzosa en una empresa.

También sostiene la demandante que se ha vulnerado en las Resoluciones impugnadas el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). El dirigente sindical retribuido por su dedicación exclusiva al cargo sindical accede a esta condición tras ser trabajador por cuenta ajena en diversas empresas —como es su caso— cuando es elegido como dirigente sindical, siendo esa elección fruto del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical según el art. 2.1 LOLS (derecho de los afiliados a elegir a sus dirigentes), por lo que una interpretación que implique un perjuicio en la protección por desempleo por el hecho de desempeñar funciones de dirección sindical con dedicación exclusiva supone una interpretación restrictiva que constituye una limitación o entorpecimiento para el ejercicio del propio derecho fundamental de libertad sindical, dado que el dirigente actúa como instrumento o medio de ejercicio de ese derecho. Tal sucede con la interpretación que se mantiene por el INEM (y confirman las resoluciones judiciales impugnadas) en cuanto da validez a las cotizaciones del dirigente sindical en situación de excedencia forzosa en una empresa con

derecho a reserva del puesto de trabajo, en una interpretación extensiva de la normativa reguladora de la prestación por desempleo, y niega validez a las cotizaciones del dirigente sindical que, como la recurrente, no se halla en dicha situación, lo que supone asimismo una interpretación contraria al principio de igualdad del art. 14 CE y al mandato contenido en el art. 41 CE.

Por todo ello solicita de este Tribunal que se le otorgue amparo, declarando la nulidad de las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas y asimismo reconociendo su derecho a percibir la prestación por desempleo durante 660 días o, con carácter subsidiario, durante 420 días, a partir del 15 de septiembre de 1998.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 19 de diciembre de 2002 se admitió a trámite la demanda y se requirió, de conformidad con el art. 51 LOTC, al Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para que en el plazo de diez días remitiesen testimonio de los autos núm. 13/99, recurso de suplicación núm. 3630/99 y recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3564/99, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, a fin de que puedan comparecer en este proceso constitucional en término de diez días.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sección Segunda de 10 de marzo de 2003 se tuvieron por recibidos los testimonios de actuaciones remitidos por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y por efectuados los emplazamientos, teniéndose por personados y parte al Abogado del Estado y a la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa de Jesús Castro, en nombre y representación de la Confederación Sindical de CC OO y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las Procuradoras doña Isabel Cañedo Vega y doña María Teresa de Jesús Castro, para que dentro de dicho plazo pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen.

6. El Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo solicitado mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de abril de 2003. Comienza el Ministerio Fiscal por recordar la doctrina sentada en la STC 200/2001 sobre el principio de igualdad, cuyos fundamentos jurídicos 4 y 5 transcribe. Partiendo de esta doctrina considera el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas han lesionado el derecho a la igualdad de la demandante, por cuanto, sin hacer cuestión de que el desempeño retribuido de cargo sindical no tenga naturaleza de relación laboral, la denegación del cómputo del período del tiempo de desempeño de cargo sindical retribuido y con dedicación exclusiva a la recurrente se basa en un criterio meramente generalista que resulta irrazonable al otorgarle a la excedencia forzosa una relevancia que va más allá de su configuración en una interpretación que se reconoce como extensiva, susceptible de realizarse igualmente para la situación de la demandante que había acreditado y así le constaba al INEM, que también, con inmediata antelación a su elección como representante sindical, tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena, alcanzándose unas consecuencias claramente desproporcionadas dada la efectiva cotización para la contingencia de desempleo realizada y admitida sin obstáculo alguno durante el desempeño del cargo sindical.

Asimismo considera el Ministerio Fiscal, recordando la doctrina sentada en la STC 132/2000, FJ 2, respecto del derecho a la libertad sindical, que se ha lesionado este derecho de la recurrente al no habersele reconocido su pretensión subsidiaria de considerar el período de desempeño del cargo sindical con dedicación exclusiva como período neutro. Entiende el Ministerio Fiscal que la interpretación realizada en las resoluciones judiciales no ha sido la más favorable para el ejercicio de la actividad sindical reconocido en el art. 28.1 CE, habida cuenta que la jurisprudencia laboral admite una interpretación flexibilizadora para otorgar el carácter de situaciones asimiladas al alta a ciertas situaciones de necesidad ajenas al ejercicio del derecho fundamental alguno, con lo que el ejercicio de una actividad sindical por la que efectivamente se había cotizado al régimen general de la Seguridad Social alcanzaba una consecuencia desfavorable o perjudicial para la demandante, que veía que no se le admitían las cotizaciones efectivamente realizadas en ese período, ni se le permitía la retroacción para el cálculo del período de carencia, habiendo acreditado y justificado una dilatada vida laboral, con las pertinentes cotizaciones a la Seguridad Social, vida laboral prácticamente sólo interrumpida por el ejercicio de su actividad sindical.

Por todo ello el Fiscal concluye solicitando que se otorgue el amparo solicitado, declarando que se ha vulnerado el derecho de la actora a la igualdad del art. 14 CE o, subsidiariamente, que se ha vulnerado su derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

7. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones con fecha 28 de marzo de 2003 interesando la desestimación del recurso de amparo. Señala el Abogado del Estado que para situar la discrepancia de la recurrente con las resoluciones impugnadas en su verdadero alcance se han de resaltar dos aspectos fácticos reconocidos en las Sentencias recurridas: que durante el tiempo en que vino prestando sus servicios al sindicato CC OO no tuvo el carácter de trabajadora por cuenta ajena y que ni por razón de los trabajos desempeñados antes de acceder a dicho sindicato ni por los realizados en el mismo obtuvo la demandante la situación de excedencia forzosa. Ninguno de estos aspectos se cuestionan por la recurrente, quien funda precisamente la discriminación alegada en la irrelevancia de las diferencias entre los sindicalistas en excedencia y los sindicalistas que no se encuentran en tal situación. La demanda sitúa como «clave interpretativa del pleito constitucional» la cuestión de «si el elemento formal de ser titular de una excedencia forzosa es causa suficiente, proporcionada y razonable como para justificar diferencias de tratamiento tan radicales e intensas». Para la demandante el rasgo verdaderamente identificativo estaría marcado por la condición o rasgo común de hallarse al servicio exclusivo de un sindicato. Las formas en que se preste ese servicio por los afiliados —sindicalistas en situación de excedencia o sin situación de excedencia— serían meramente accesorias y secundarias y por ello irrelevantes para fundar en ellas diferencias de trato. De esta irrelevancia vendría la discriminación. En cambio, para el Abogado del Estado no se puede reducir la situación de excedencia a un significado formal y secundario; deriva esta situación del explícito reconocimiento de un derecho, atribuido por el art. 9.1 b) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, a favor de «quienes ostenten cargos electivos sindicales a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones más representativas». Es, pues, un mecanismo protector de la representatividad sindical en determinados ámbitos territoriales y organizativos y no una prima o beneficio derivado de la afiliación a un sindicato o del simple desarrollo de actividades sindicales. La demandante asegura que la existencia y funcionamiento

de los sindicatos requiere de la dedicación permanente de personas a su servicio y que, respondiendo precisamente a esa necesidad el efecto de la excedencia, se ha de reconocer también ese mismo efecto a favor de quienes desempeñan cargos directivos en la organización con dedicación exclusiva, al margen de que sus funciones sean no representativas. El argumento se quiere presentar como expresión de una suavización o flexibilización conveniente de la ley, pero realmente lo que pretende es un trastocamiento de su sentido. La excedencia es un beneficio singular, en el marco de las relaciones laborales, hallándose instituido para facilitar la constitución y funcionamiento de los mecanismos de representación sindical. Las normas que regulan las elecciones de representantes de los trabajadores, incluidas las que tienden a facilitar el ejercicio del derecho, aún cuando en sí mismas no forman parte de la libertad sindical, pasan una vez establecidas a engrosar el contenido protegible del derecho (STC 44/2001). Sin embargo, lo pretendido en el presente recurso no es más que una prestación asistencial, fundada en una falsa analogía, puesto que la demandante no se basa en ninguna relación representativa, sino en la vaga conexión que suministra el tipo o sector de actividad.

Las consideraciones anteriores—continúa el Abogado del Estado—valen también para la pretensión subsidiaria de la demandante de amparo, consistente en que el período en que desempeñó su actividad de dirigente sindical haya de computarse como tiempo neutro, al objeto de que la retroacción prevista en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985 alcance a comprender el tiempo anterior a dicho desempeño. Tal pretensión se encuentra patentemente en contradicción con lo establecido en el apartado primero del mismo art. 3, puesto que allí se considera en situación asimilada al alta la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical. No se da el presupuesto del derecho que se invoca, ni se estima justificada la asimilación entre el electo para un cargo sindical y el afiliado a un sindicato. La invocación del principio interpretativo favorable a la mayor amplitud o eficacia de un derecho fundamental exige como lógico presupuesto la presencia del derecho mismo, y en el caso de autos no hay rastro de esa presencia: el trabajador empleado en un sindicato no acredita una situación diferente a la que ocupa cualquier otro trabajador en cualquier empresa. El tipo de dedicación u objeto de la actividad del empresario no transmite por sí misma un mejor rango o posición jurídica a sus trabajadores en el devengo y fijación de las prestaciones sociales: el desempleo de un trabajador cuya actividad esté relacionada con la justicia, o el de un empleado en una asociación con fines de fomento en la igualdad entre las personas, no debe autorizar a poner en juego los derechos de los arts. 28.1 y 14 CE para postular una mejora que se sustraiga a las reglas generales del cómputo. Lo que en definitiva pretende la demandante de amparo es el reconocimiento de un factor de igualdad de prestaciones por supuesta identidad en las necesidades; no en vano, la argumentación de la demanda se ve intercalada de invocaciones al art. 41 CE, referente al deber de mantener y preservar un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos. Este es el verdadero fondo de la demanda y no los derechos invocados a la igualdad y a la libertad sindical. Por ello, ha de recordarse con el ATC 48/1991 que «nuestro ordenamiento jurídico no contiene un criterio igualatorio general en virtud del cual todos los trabajadores asalariados tengan el derecho reconocido a obtener una prestación por la actualización o concurrencia de un mismo riesgo social».

8. La Procuradora de los Tribunales doña María Teresa de Jesús Castro, en nombre y representación

de la Confederación Sindical de CC OO, presentó su escrito de alegaciones con fecha 7 de abril de 2003, manifestando que esta parte se adhiere al recurso de amparo promovido por doña María Salceda Elvira Gómez, compartiendo íntegramente todos y cada uno de los hechos y fundamentos en los que se sustenta, por lo que, entendiendo producida la violación de los derechos fundamentales proclamados por los arts. 14 y 28.1 CE, interesó que se otorgase el amparo solicitado por la demandante.

9. La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de la demandante de amparo, presentó su escrito de alegaciones con fecha 7 de abril de 2003. En dicho escrito reitera los fundamentos de su demanda, solicitando que se otorgue el amparo solicitado por vulneración de los derechos a la libertad sindical y a la igualdad de trato por los poderes públicos o prohibición de discriminación. Se insiste en que la clave interpretativa del pleito constitucional consiste en determinar si el elemento formal de ser titular de una excedencia forzosa es un elemento jurídico o causa suficiente, proporcionada o razonable como para justificar diferencias de tratamiento tan radicales e intensas entre sindicalista retribuido por su organización con relación laboral previa o simultánea en la que mantiene excedencia forzosa y a quien el INEM le computa las cotizaciones y sindicalista retribuido con relación laboral previa o simultánea pero que no ostenta situación de excedencia forzosa y a quien el INEM no computa las cotizaciones. Para la recurrente esta diferencia de tratamiento implica una interpretación lesiva no sólo del art. 14 CE, sino también del art. 28.1 CE y el art. 41 CE en cuanto precepto normativo que ordena la interpretación extensiva de la protección por desempleo. La Resolución del INEM y las Sentencias confirmatorias de aquélla no hacen una interpretación favorable sino por el contrario contradictoria con el derecho fundamental de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE y en el que se integra el derecho del sindicato a obtener los medios o instrumentos necesarios para el desarrollo de su actividad sindical entre los que se encuentran los «liberados sindicales» con dedicación exclusiva al sindicato. Tampoco realiza una interpretación coherente sino contradictoria con el art. 41 CE, que establece como mandato el mantenimiento para todos los ciudadanos de un régimen público de seguridad social que garantice prestaciones sociales, especialmente en caso de desempleo, y con el art. 14 CE en su vertiente de igualdad de tratamiento jurídico por parte de los poderes públicos y de la Administración.

10. Por providencia de 4 de marzo de 2004 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año, en el que se inició el trámite que ha finalizado el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige frente a las Resoluciones del Instituto Nacional de Empleo (en adelante, INEM) de 23 de septiembre de 1998 y de 24 de noviembre de 1998, sobre prestación contributiva de desempleo, y contra las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se reseñan en el encabezamiento, que confirman dichas Resoluciones administrativas. A juicio de la recurrente, las resoluciones impugnadas vulneran el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con el mandato contenido en el art. 41 CE, al no computar, a efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo, las cotizaciones efectuadas por la

demandante cuando desempeñaba su cargo sindical retribuido con dedicación exclusiva en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC OO), por el hecho de no encontrarse la recurrente en situación de excedencia forzosa con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Del mismo parecer son la Confederación Sindical y el Ministerio Fiscal, que postulan el otorgamiento del amparo solicitado, conforme queda expuesto en sus respectivos escritos de alegaciones, en tanto que el Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso de amparo, por entender que no existe vulneración de los arts. 14 y 28.1 CE en las resoluciones impugnadas, sino que lo que en realidad postula la demanda de amparo es el reconocimiento de una prestación trastocando el sentido del derecho a la excedencia forzosa con derecho a reserva de puesto de trabajo reconocido por la Ley Orgánica de libertad sindical (en adelante, LOLS).

2. La demandante de amparo sitúa el núcleo de la controversia en la diferencia de trato que otorga el INEM, cuyo criterio ha sido confirmado por las Sentencias recurridas, a los sindicalistas con dedicación exclusiva que perciben una retribución económica del sindicato, en función de que se trate de sindicalistas en situación de excedencia forzosa en una relación laboral con derecho a reserva de puesto de trabajo o de sindicalistas que no se hallen en esa situación. Para los primeros, el INEM admite la validez de las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social y desempleo durante el desempeño del cargo electivo sindical retribuido a efectos de acceso y extensión de la prestación de desempleo. No así para los segundos, como ha ocurrido en el caso de la demandante, a quien, pese a haber tenido una relación laboral previa a su designación como Secretaria de Empleo de la Comisión Ejecutiva Confederal de CC OO, con dedicación exclusiva, y haber efectuado las correspondientes cotizaciones durante el desempeño de este cargo directivo sindical retribuido (desde el 5 de enero de 1992 hasta el 27 de febrero de 1996), no se le computa este período a efectos de determinar la duración de la prestación de desempleo, lo que la recurrente considera un tratamiento discriminatorio que lesiona el derecho de igualdad ante la ley garantizado por el art. 14 CE, así como del derecho a la libertad sindical consagrada por el art. 28.1 CE, en cuanto supone una interpretación restrictiva que constituye una limitación o entorpecimiento para el ejercicio del propio derecho fundamental de libertad sindical, dado que el dirigente actúa como instrumento o medio de ejercicio de ese derecho, y todo ello en relación con el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 41 CE, sobre mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la protección suficiente ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

La infracción de los arts. 14 y 28.1 CE se imputa así en la demanda tanto a las resoluciones administrativas del INEM, en cuanto han aplicado al caso de la demandante un criterio que ésta reputa de discriminatorio y lesivo del derecho a la libertad sindical, como a las Sentencias que, en instancia y suplicación, han confirmado aquellas resoluciones, rechazando las pretensiones principal y subsidiaria de la demandante. En la argumentación de la demanda de amparo las quejas sobre la presunta vulneración del principio de igualdad y del derecho de libertad sindical aparecen entremezcladas, sin que la discriminación alegada concierna a ninguna de las circunstancias explícitamente proscritas como causas de discriminación en el art. 14 CE, lo que determina, conforme a la conocida doctrina de este Tribunal, que resulte procedente subsumir la hipotética vulneración del principio de igualdad en el derecho reco-

nocido en el art. 28.1 CE, como se ha hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 55/1983, de 22 de junio, FJ 1; 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 1; 90/1997, de 6 de mayo, FJ 3; 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 87/1998, de 21 de abril, FJ 2; 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 2 y 44/2001, de 12 de febrero, FJ 2), de modo que nuestro análisis debe referirse específicamente a la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical.

3. Sentadas las precisiones que anteceden, corresponde ahora, en primer lugar, determinar si ha sido lesionado el derecho a la libertad sindical de la demandante por el hecho de que las resoluciones impugnadas hayan rechazado su pretensión de computar, a los efectos de determinar la duración de la prestación de desempleo que le fue reconocida, las cotizaciones efectuadas por el sindicato y la propia recurrente durante el período de tiempo en que desempeñó con dedicación exclusiva el cargo electivo retribuido de Secretaria Confederal de Empleo en CC OO (desde el 5 de enero de 1992 hasta el 27 de febrero de 1996), así como de considerar, subsidiariamente, dicho lapso temporal como un período «neutro» a fin de aplicar la retroacción prevista en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (regulación legal actualmente integrada en la vigente Ley general de la Seguridad Social, LGSS).

Para dar respuesta a esta queja se hace necesario traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la vertiente individual del derecho fundamental a la libertad sindical. Como recuerdan, entre otras muchas, las SSTC 17/1996, de 7 de febrero, FJ 4, 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3, 87/1998, de 21 de abril, FJ 3, 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4, 30/2000, de 31 de enero, FJ 2, 173/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 214/2001, de 29 de octubre, FJ 4, el Tribunal Constitucional ha venido subrayando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, cómo la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. En igual sentido recuerda esta doctrina que la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical, sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos.

En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una «garantía de indemnidad» que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. En el art. 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (entre otras muchas, SSTC 70/1982, de 29

de noviembre, FJ 3; 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FJ 5; 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3; 14/2002, de 28 de enero, FJ 3; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4; y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6).

4. La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa conduce al rechazo de la queja relacionada con la supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical que invoca la recurrente. La posible inclusión en el ámbito de aplicación de la acción protectora de la Seguridad Social (tanto a efectos de la protección por desempleo como de otras contingencias protegibles) de los cargos electivos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva, con independencia de que pueda reputarse como deseable a fin de evitar eventuales perjuicios en la carrera de aseguramiento de quienes acceden a dichos cargos en caso de exclusión de los períodos en que dichos cargos se desempeñan, es cuestión que atañe a la libertad de configuración que al legislador corresponde, pues, salvada la garantía institucional que consagra el art. 41 CE de preservar un régimen público de seguridad social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, por todas).

Se trata, en suma, de una cuestión ajena al derecho fundamental de libertad sindical, pues el alcance de la protección social de los cargos directivos de un sindicato que prestan servicios retribuidos y de forma exclusiva para el mismo no forma parte integrante del contenido esencial ni tampoco del contenido adicional de ese derecho fundamental, entendido éste como el conjunto de derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos, derechos de creación infraconstitucional, por tanto, que deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (por todas, SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 132/2000, de 16 de mayo, FJ 2). En este sentido, no existe norma legal que establezca el derecho del cargo directivo sindical, por esta mera condición, a quedar incluido en el sistema de Seguridad Social español a efectos de la protección por desempleo ni del resto de contingencias protegidas (al margen de que tal inclusión pueda reputarse deseable, en aras de evitar que la carrera de seguro social de un determinado trabajador pueda verse perjudicada por la asunción de responsabilidades como dirigente sindical). Tampoco existe precepto de carácter internacional que establezca tal derecho: así, ninguna referencia se contiene al respecto en el art. 8 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales ni en el art. 2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Del mismo modo, nada se establece en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 87, de 1948, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ni en el Convenio núm. 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva.

Cierto es que nada impide que, por expresa determinación legal, o incluso por vía reglamentaria a través del cauce previsto en el art. 97.2 l) LGSS (inclusión por Real Decreto en el ámbito de aplicación del régimen

general, por asimilación a los trabajadores por cuenta ajena), en el art. 125.2 LGSS (convenio especial en el sistema de la Seguridad Social) o en la disposición final quinta, 1, LGSS (inclusión por Real Decreto en la cobertura de desempleo) o por otro cauce que el legislador pueda considerar oportuno, que los cargos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva al sindicato queden incluidos por el desempeño de dicha actividad en la protección del sistema de Seguridad Social, incluida la contingencia de desempleo. Mas, en tanto tal inclusión no se produzca normativamente, no cabe tildar de infundado o irrazonable, ni tampoco de lesivo del derecho de libertad sindical, el criterio interpretativo mantenido en las resoluciones judiciales impugnadas, en cuanto entienden que para el cómputo del período de ocupación cotizada a efectos de la prestación por desempleo queda excluido el tiempo de servicios retribuidos prestados por la recurrente para la Confederación Sindical de CC OO como miembro de la Comisión Ejecutiva de este sindicato, con participación en el gobierno y dirección del mismo, al considerar que no existe una relación laboral por cuenta ajena, como exige el art. 205 LGSS para acceder a las protecciones por desempleo, máxime cuando los propios estatutos de la Confederación Sindical de CC OO (V Congreso), como se recoge en el relato de hechos probados de las Sentencias impugnadas, establecen en su art. 44 a) que los sindicalistas con dedicación exclusiva, como era el caso de la demandante, tienen con el sindicato una relación de naturaleza asociativa y representativa con exclusión del vínculo laboral, criterio que, por otra parte, como esas mismas Sentencias señalan, coincide con el mantenido por la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo y por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en Sentencia de 7 de abril de 1987), así como por la doctrina de distintos Tribunales Superiores de Justicia, con fundamento precisamente en el rechazo de la laboralidad de esa relación entre el sindicato y el dirigente sindical con dedicación exclusiva, considerando que se trata de una relación meramente asociativa, pese a la existencia incluso de retribución, cuestión en último extremo de legalidad ordinaria que no corresponde revisar al Tribunal Constitucional.

5. Descartada desde la perspectiva examinada la vulneración del derecho a la libertad sindical, resta por examinar si, como se sostiene en la demanda de amparo, se ha podido producir la vulneración de este derecho fundamental en tanto en cuanto el INEM ha dispensado un trato discriminatorio y carente de justificación a la demandante en comparación con el que dicho organismo público gestor de las prestaciones de desempleo viene dispensando, según se reconoce expresamente en las resoluciones administrativas impugnadas y corroboran las circulares e informes jurídicos aportados por el propio INEM en el proceso *a quo* como fundamento de esas resoluciones, a aquellos sindicalistas retribuidos y con dedicación exclusiva en situación de excedencia forzosa. A éstos, por el hecho de quedar en situación de excedencia forzosa en su empresa de origen al pasar a desempeñar el cargo sindical con dedicación exclusiva, en caso de haber cotizado durante el período de su cargo sindical se les tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas durante ese período para el cómputo del período de ocupación cotizada a efectos de la prestación por desempleo, todo ello en una interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (que establece la retroacción del período de cotizaciones computables a efectos de la prestación por desempleo en caso de excedencia forzosa por el desempeño de cargo sindical), mientras que a los sindicalistas que, como la recurrente, pese a que también han pasado tras una previa relación laboral en una

empresa a desempeñar cargo sindical retribuido y con dedicación exclusiva, cotizando asimismo durante ese período de ejercicio de cargo sindical a la Seguridad Social, no se les aplica dicha interpretación beneficiosa, ni subsidiariamente lo dispuesto en el referido precepto en sus propios términos, por el único motivo de no hallarse en situación de excedencia forzosa, lo que la actora juzga como una diferencia de trato irrazonable y discriminatoria.

Para la cabal comprensión de los alegatos de la demandante conviene tener en cuenta que el art. 9.1 b) LOLS reconoce el derecho a la excedencia forzosa con reserva de puesto de trabajo (derecho que integra el contenido adicional de la libertad sindical) a favor de quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas (como lo es, desde luego, la Confederación Sindical de CC OO, que eligió a la recurrente para desempeñar el cargo de Secretaria Confederal de Empleo de CC OO con dedicación exclusiva), lo que constituye «un plus de tutela» (STC 263/1994, de 3 de octubre, FJ 5, cuya doctrina recuerda la STC 147/2001, de 27 de junio, FJ 3) en contraste con el régimen contemplado en el art. 46.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) para los cargos sindicales de cualesquiera otras organizaciones que carezcan de esta cualidad de mayor representatividad, los cuales tendrán igualmente derecho a excedencia forzosa mientras dure el ejercicio de su cargo sindical, si bien su reingreso a la empresa queda subordinado a la existencia de vacante de igual o similar categoría a la suya, para cuya cobertura tendrán derecho preferente (art. 46.5 LET). Debiendo tenerse en cuenta que este privilegio en razón de la mayor representatividad sindical que establece el art. 9.1 b) LOLS no ha quedado vacío de contenido por la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 7, respecto del art. 29.1 I) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, pues, como señala la STC 18/2003, de 30 de enero, FJ 6, sólo en el marco de una eventual cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 9.1 b) LOLS «es donde, en su caso, este Tribunal ... podría pronunciarse sobre si la doctrina de la STC 99/1987, de 11 de junio, pronunciada respecto del art. 29.1 I) de la Ley 30/1984, podría reproducirse respecto del art. 9.1 b) LOLS».

A su vez, el art. 2.1 a) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, determina que se considera situación asimilada al alta, a efectos de la prestación por desempleo, «la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical», estableciendo el art. 3.5 del mismo Real Decreto que, a los efectos de determinar la duración de la prestación contributiva por desempleo, el período de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 210.1 LGSS), «se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en alguna de las situaciones asimiladas al alta señaladas en el número 1 del artículo 2», entre las que se contempla, como queda dicho, la excedencia forzosa por elección para un cargo sindical, siendo así que el art. 2.1 del Real Decreto 625/1985 desarrolla lo dispuesto en el art. 207 a) LGSS, que establece como uno de los requisitos para tener derecho a las prestaciones por desempleo, estar «en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen». La aplicación de la regla contenida en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985 es precisamente lo que la propia demandante solicitó como pretensión subsidiaria en el proceso *a quo*, postulando que se le concediese la retroacción del período de seis años anteriores a la situación legal de desempleo utilizado para el cómputo

de las cotizaciones, considerando como período «neutro» el referido al tiempo en que ejerció el cargo sindical retribuido y con dedicación exclusiva de Secretaria Confederal de Empleo de CC OO, desde el 5 de enero de 1992 hasta el 27 de febrero de 1996.

Del examen de las actuaciones resulta que en la resolución que desestima la reclamación previa formulada por la demandante, tras rechazar la pretensión principal de que se tuviera en cuenta para la prestación de desempleo el período cotizado durante el tiempo en que la actora desempeñó el cargo de Secretaria Confederal de Empleo de CC OO desde el 5 de enero de 1992 hasta el 27 de febrero de 1996, por considerar que no existe una relación laboral y la demandante no se halla tampoco en situación de excedencia forzosa, se desestima asimismo la pretensión subsidiaria de retroacción del período de referencia de seis años prevista en el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, por cuanto tal posibilidad se refiere a los sindicalistas que se encuentren en excedencia forzosa en una relación laboral, que se mantiene en vigor con reserva del puesto de trabajo, circunstancia que no se acredita en el caso de la recurrente. Y continúa señalando la resolución del INEM que «por las mismas razones, no procede el cómputo de las cotizaciones que respecto a los cargos públicos y sindicales ha instruido este Instituto, porque ello se refiere asimismo a los supuestos de excedencia forzosa en una relación laboral».

En el proceso *a quo* el INEM aportó como prueba documental para apoyar la fundamentación de la anterior resolución, sendos informes jurídicos del propio organismo de 12 de febrero de 1996 y 24 de noviembre de 1998, así como una Instrucción de 30 de marzo de 1993 del Subdirector General de Prestaciones de dicho Instituto, que imparte criterios interpretativos en relación con una Circular de la Dirección General del INEM de 24 de julio de 1992, sobre cómputo de los períodos cotizados por desempleo correspondientes a la situación de excedencia forzosa. De dichos informes e instrucción se desprende que el INEM mantiene el criterio de que la pérdida de la condición de cargo sindical no constituye situación legal de desempleo, si bien considera computables los períodos cotizados durante el desempeño del cargo sindical de aquellos sindicalistas en situación de excedencia forzosa en una relación laboral [arts. 46 LET y 9.1 b) LOLS], «con una interpretación extensiva de las excepciones a la retroacción del período de ocupación prevista en el art. 3.5 del Real Decreto 625/85», en relación con la asimilación al alta establecida en el art. 2.1 a) del mismo Real Decreto 625/1985, para el caso de que, ante el reingreso en su relación laboral, vieran extinguida esta relación por alguna de las causas de situación legal de desempleo previstas en la Ley general de la Seguridad Social o fuera imposible el reingreso por desaparición de la empresa. En cambio, considera que no cabe extender esta interpretación a los cargos sindicales que no se hallaban durante el ejercicio de ese cargo en situación de excedencia forzosa en una previa relación laboral, al carecer (a diferencia de lo que ocurre con los excedentes forzosos) de una paralela condición de trabajador por cuenta ajena (en una relación laboral en suspenso por el desempeño del cargo sindical en exclusiva).

Así pues, la razón de que el INEM haya excluido el tiempo de servicios retribuidos —y cotizados— prestados por la recurrente como dirigente sindical de CC OO para el cómputo del período de ocupación cotizada a efectos de la prestación por desempleo, responde a un criterio interpretativo de lo dispuesto en los arts. 2.1 a) y 3.5 del Real Decreto 625/1985 que se fundamenta, en efecto, en la consideración de que la recurrente no ha acreditado hallarse en situación de excedencia forzosa durante el desempeño de su cargo sindical, extremo que la demandante no discute, pues reconoce incluso en su



demanda de amparo expresamente no encontrarse en la situación «formal» de excedencia forzosa.

En efecto, consta acreditado en las actuaciones que la demandante de amparo mantenía una relación laboral por cuenta ajena con determinada empresa hasta la fecha, 5 de enero de 1992, en que fue designada para desempeñar el cargo de Secretaria Confederal de Empleo de CC OO con dedicación exclusiva y percepción de retribuciones, por las que se efectuaron las oportunas cotizaciones a la Seguridad Social y desempleo, desde esa fecha hasta el cese en dicho cargo sindical, esto es, el 27 de febrero de 1996, tras el VI Congreso de la Confederación Sindical de CC OO, celebrado en enero de 1996. Asimismo consta en las actuaciones que la recurrente, tras cesar en el cargo sindical, no se reincorporó a su empresa de origen, sino que comenzó una nueva relación laboral por cuenta ajena con otra empresa. En fin, la demandante, como ella misma reconoce, no se encontraba durante ese período de desempeño del cargo sindical en la situación de excedencia forzosa prevista en el art. 9.1 b) LOLS.

Pues bien, el rechazo del INEM (cuyo criterio ha sido confirmado por las Sentencias impugnadas) a aplicar a la recurrente esa interpretación extensiva del art. 3.5 del Real Decreto 625/1985 (en relación con la asimilación al alta establecida en el art. 2.1 a) del mismo Real Decreto 625/1985), rechazando la validez de las cotizaciones efectuadas durante el tiempo de desempeño de su cargo sindical, descansa en un elemento que justifica la diferencia de trato, cual es el que el sindicalista se encuentre o no en la situación de excedencia forzosa prevista en el art. 9.1 b) LOLS (y el art. 46.4 LET), esto es, se trata de un trato diferenciado que presenta una justificación objetiva y razonable, lo que excluye la pretendida lesión de la cláusula general de igualdad (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 2/1983, de 14 de enero, FJ 4; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 a) y por ende de la pretendida discriminación por motivo sindical que proscribe el art. 28.1 CE, en el que la genérica invocación del art. 14 CE, como ya hemos señalado, se subsume.

En efecto, la situación de excedencia forzosa como criterio determinante del reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo no es un criterio arbitrario ni caprichoso, sino fundamentado en la propia normativa aplicable al caso. En efecto, si bien en principio el art. 205 LGSS no incluye a los dirigentes sindicales con dedicación exclusiva en la protección por desempleo, al no tener éstos la condición de trabajadores por cuenta ajena, por vía reglamentaria el art. 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla el régimen de la prestación por desempleo, determina que, a los efectos de determinar la duración de la prestación contributiva por desempleo, el período de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 210.1 LGSS) se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en alguna de las situaciones asimiladas al alta señaladas en el art. 2.1 del propio Real Decreto 625/1985, entre las que se contempla, en primer lugar, la excedencia forzosa por elección para un cargo sindical. Y sucede que la demandante no ha alegado ni acreditado encontrarse en situación de excedencia forzosa en su empresa de origen cuando pasó a desempeñar el cargo sindical en exclusiva desde el 5 de enero de 1992 hasta el 27 de febrero de 1996, por lo que, como señala el Abogado del Estado en sus alegaciones, no concurre el presupuesto del derecho que se invoca por la demandante.

La pretensión de una interpretación favorable a la mayor amplitud o eficacia de un derecho fundamental, corrigiendo los órganos judiciales, en su caso, el trato

discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables que pueda haberse dispensado por la actividad enjuiciada (entre otras, SSTC 103/1990, de 9 de marzo, FJ 2; 39/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 20/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4), exige como presupuesto lógico indispensable la concurrencia del derecho mismo, lo que no acontece en el presente caso, pues la demandante de amparo no se encontraba en la situación de excedencia forzosa prevista en el art. 9.1 b) LOLS, durante el desempeño de su cargo sindical en CC OO, por lo que no cabe sostener que haya existido un trato discriminatorio contrario a los arts. 14 y 28.1 CE por el hecho de no haberle sido dispensado por el INEM el mismo tratamiento que a los dirigentes sindicales que sí se encuentran en la situación de excedencia forzosa, asimilada al alta a efectos de la prestación por desempleo [art. 2.1 a) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en relación con el art. 207 a) LGSS].

#### 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 amparo solicitado por doña María Salceda Elvira Gómez.

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

Dada en Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

**7371** *Sala Primera. Sentencia 45/2004, de 23 de marzo de 2004. Recurso de amparo 6242-2000. Promovido por el Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso contra el Reglamento de cuerpos, escalas y especialidades fundamentales de los militares de carrera.*

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas; legitimación activa de un colegio profesional para impugnar disposiciones reglamentarias en interés de la profesión.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6242-2000, promovido por el Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España, representado por el Procurador de los Tribunales