

17750 *Sala Primera. Sentencia 234/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 4809-2001. Promovido por don Antonio Montalbán Gámez frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y de un Juzgado de Valencia que desestimaron su demanda contra el Instituto Nacional de Empleo sobre prestaciones por desempleo.*

Supuesta vulneración de la libertad sindical: desempleo de dirigentes sindicales (STC 44/2004).

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. 4809-2001, promovido por don Antonio Montalbán Gámez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistido por el Abogado don Juan Camarasa Arráez, contra la Resolución de la Dirección provincial de Valencia del Instituto Nacional de Empleo (INEM) de 30 de octubre de 1998, confirmada definitivamente por Sentencia de 19 de julio de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en materia de prestaciones por desempleo. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 13 de septiembre de 2001, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, actuando en nombre y representación de don Antonio Montalbán Gámez, presentó recurso de amparo contra las resoluciones del encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo, tras haber trabajado por cuenta ajena en diversas empresas desde 1964, pasó a prestar servicios desde el 18 de enero de 1982 para la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC OO) del País Valenciano, como consecuencia de haber sido elegido Secretario General de dicha organización, cargo que estuvo desempeñando en mandatos sucesivos hasta su cese en fecha 30 de septiembre de 1998. Durante cada uno de los mandatos en que desempeñó tal cargo el demandante suscribía con la organización un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, de duración coincidente con la del mandato, con la categoría de «sindicalista», siendo dado de alta y cotizando en el régimen general de la Seguridad Social.

b) En fecha 2 de octubre de 1998, el demandante solicitó del INEM las prestaciones por desempleo, que le fueron denegadas por Resolución del Director provincial de Valencia de 30 de octubre de 1998, en base a las

siguientes consideraciones: «Las referidas funciones de sindicalista no conllevan las notas de dependencia y ajenidad laborales en el sentido del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, sin que sean el objeto ni la causa de un contrato de trabajo, se concluye que no está comprendido en ninguno de los supuestos del art. 203 y 205, personas protegidas, del precitado R.D. Legislativo 1/94. El nexo determinante de los servicios que ha prestado al sindicato en el que está afiliado, de su dedicación exclusiva al mismo, y de la retribución percibida, no es otra que el nacido de su designación de dirigente político; y de esta condición derivan todos los trabajos, de índole representativa o administrativa que durante su mandato realizó; lo que priva a la relación que como sindicalista mantenía con el sindicato, de la nota o requisito esencial de alienidad, que ha de concluir para que a ella le sea atribuible la condición o naturaleza de laboral (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Social, de 7-4-1987, 2 y 12-11-1982, 11-7-1984, 6-6-1990. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21-6-1993. Y Sentencia del TCT de 14-11-1984) no procede el reconocimiento de las prestaciones solicitadas. No tiene cubierto un período mínimo de cotización de doce meses dentro de los últimos seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar, habiéndose tenido en cuenta las cotizaciones que no habían sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, todo ello de acuerdo con el art. 207 en relación con el art. 210 del RD Legislativo 1/94».

c) No conforme con tal resolución el demandante interpuso contra la misma, en fecha 23 de noviembre de 1998, reclamación previa, que fue desestimada por resolución del INEM de 11 de febrero de 1999.

d) Contra la inicial resolución denegatoria, y antes de que fuera resuelta la reclamación previa, interpuso demanda el ahora recurrente en fecha 2 de febrero de 1999, solicitando que le fuera concedida la prestación por desempleo en base a las cotizaciones realizadas en el período del 18 de enero de 1982 al 30 de septiembre de 1998, por un período de 720 días y a razón de una base reguladora diaria de 7.800 pesetas desde el 1 de octubre de 1998, y añadiendo en el hecho quinto de su demanda que, caso de no considerarse el período indicado como una situación laboral protegida, fuera el mismo considerado como «una especie de paréntesis», remontándose hasta las precedentes cotizaciones en otras empresas a los efectos de reunir el período previo de cotización exigido.

e) Por Sentencia de 7 de abril de 1999, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia desestimó la demanda. Razona el juzgador en la Sentencia que la relación del demandante con el sindicato no tiene el carácter de laboral en el sentido de generar una protección por desempleo, no estando reconocida de esa forma por el legislador, que no incluye el derecho a la prestación por desempleo de un sindicalista (o liberado sindical) por ese sólo carácter, ni tampoco existe norma internacional que establezca lo mismo. También rechaza la petición de considerar como un paréntesis el período de actividad para el sindicato, remontándose el período de cotización exigido a las cotizaciones previas realizadas por el actor desde 1964, y ello no solo por falta del requisito del art. 207 en relación con el art. 210 LGSS, sino porque tal supuesto no está previsto ni legal ni jurisprudencialmente sino, al contrario, se encontrarían rebasados todos los plazos de solicitud de prestaciones previstos en la LGSS. Considera, en fin, que esta conclusión no ocasiona vulneración de derechos fundamentales, porque los dirigentes sindicales no son trabajadores por cuenta ajena, estando justificado así el trato desigual, y porque de la decisión del legislador de reconocer las prestaciones por desempleo a los trabaja-

dores por cuenta ajena y no a los dirigentes sindicales no cabe deducir un quebranto o afectación del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), pues el tema de la protección por desempleo viene a constituir en sí un tema periférico al contenido estricto de la libertad sindical.

f) Contra la anterior Sentencia interpuso el demandante recurso de suplicación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2001, que confirmó la resolución recurrida. Reitera la Sentencia de suplicación los criterios de la de instancia, en cuanto a la naturaleza no laboral de la actividad sindical desarrollado y la no afectación del derecho de libertad sindical por el no reconocimiento de la protección por desempleo en dichos supuestos, añadiendo que la petición subsidiaria del recurso debe ser también desestimada pues no consta que el actor durante el ejercicio de su actividad estuviera en situación asimilada al alta, la que sólo se produce en los supuestos previstos en el art. 2 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril, debiendo recibir un tratamiento diferente, a estos efectos, las situaciones de excedencia forzosa para la realización de cargo sindical, de las que no están previstas, como son la excedencia voluntaria o el acceso a cargo sindical sin que conste la obtención de ninguna de ellas, como es el caso.

3. En su demanda el recurrente denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE) por la resolución administrativa impugnada y por las judiciales que posteriormente la ratificaron.

Señala que la doctrina de este Tribunal ha establecido que el contenido esencial del derecho de libertad sindical se constituye, de una parte, por los aspectos organizativos plasmados en la libre constitución y autonomía en la organización de los sindicatos, con un mínimo exigible en cuanto a su funcionamiento democrático, y de otra en la acción sindical o medios para el despliegue eficaz de los planteamientos sindicales frente a las empresas y entre los trabajadores destinatarios de su capacidad de obrar. La autonomía normativa o libertad de reglamentación, esto es, el derecho de los sindicatos a elaborar sus propios estatutos o reglamentos, no viene expresamente reconocida como tal en el art. 28.1 CE, pero sí se contiene implícitamente en el mismo, como ha señalado este Tribunal, y en el Convenio 87 OIT, razón por la cual se recoge en el art. 2.2 LOLS.

De otra parte, el derecho fundamental implica una prohibición taxativa de ingerencia de los poderes públicos o las Administraciones en esta capacidad organizativa. De ello se infiere que atentaría contra el derecho fundamental cualquier decisión de la Administración que, directa o indirectamente, supusiera una ingerencia o limitación no justificable por la colisión con otro derecho fundamental, que de una forma efectiva privase al propio sindicato o a los trabajadores miembros no ya a dotarse de la estructura organizativa que voluntariamente quisiesen, sino también a elegir democráticamente a los integrantes de la misma que asuman las responsabilidades de dirección que los estatutos del sindicato establezcan y definan.

Por ello, la negativa del INEM a considerar susceptible de protección de la prestación por desempleo al demandante, por el único hecho de haber sido responsable sindical durante los últimos años, no computando las cotizaciones realizadas durante la duración de sus mandatos sindicales y ni siquiera considerando como un paréntesis tales períodos, constituye una evidente limitación al derecho de libertad sindical, tanto del trabajador interesado en cuanto a su posibilidad de optar a ser elegido para los cargos de responsabilidad sindical estatutariamente esta-

blecidos, como para el conjunto de afiliados al sindicato, en su derecho a elegir libre y democráticamente a quien consideren más cualificado para asumir tales responsabilidades y funciones. Si a las personas llamadas a ejercer funciones sindicales se les niega el derecho a ser protegidas a su cese, se está propiciando la negativa de éstas a ocupar tales cargos de responsabilidad en la estructura sindical o, lo que es peor, se tendería a perpetuarse en dichas funciones en evitación de la situación de desprotección, impidiendo la necesaria renovación democrática de los cargos sindicales, conforme a los estatutos libremente adoptados por los afiliados al sindicato, limitando a su vez el pleno ejercicio del derecho fundamental de tales trabajadores afiliados a elegir y ser elegidos o designados para tales funciones. Tan solo quienes tuviesen una garantía o certeza de estabilidad laboral podrían «arriesgarse» a realizar tales cometidos sindicales, con lo inconsecuente que todo ello resulta para un libre y democrático desarrollo de la actividad sindical dentro del marco de autoorganización con que el sindicato haya decidido dotarse.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 6 de marzo de 2003 se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, requiriéndose a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y al Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio del recurso de suplicación núm. 1910/99 y de los autos núm. 51/99, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes hubieran sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, que aparecía ya personado, para que el plazo de diez días pudiesen comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 10 de abril de 2003, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento. Dicha solicitud fue reiterada mediante nuevo escrito registrado el día 30 de abril de 2003.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de este Tribunal de 30 de abril de 2003 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, y el escrito del Abogado del Estado, a quien se tuvo por personado y parte en nombre y representación del Instituto Nacional de Empleo, acordándose, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

7. Mediante escrito registrado el 27 de mayo de 2003, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, presentó sus alegaciones, interesando la desestimación del recurso de amparo.

Tras precisar que el demandante no revela en realidad ninguna disconformidad con las resoluciones impugnadas desde la perspectiva del derecho ordinario y de su jurisprudencia aplicativa, sino en lo relativo a la afectación del derecho de libertad por efecto de la ausencia de cobertura por desempleo, destaca el Abogado del Estado el hecho de que el demandante, a partir de una acertada consideración inicial del derecho del art. 28 CE como un derecho de libertad, quiebra, sin embargo, su propio presupuesto al pretender un derecho de prestación, de forma

que el postulado de la no ingerencia se transforma en un derecho excepcional –en cuanto no reconocido por la ley– a una actuación prestacional del poder público. En el fondo, señala el Abogado del Estado, la demanda no plantea siquiera una cuestión de igualdad de trato por la posible comparación del recurrente con otros trabajadores acogidos a la protección por desempleo, sino que alega, exclusivamente, la situación de necesidad, aunque no de la necesidad de cobertura específica de quien la pide, sino de la organización en la que se integra, al señalarse que la omisión de cobertura propicia la negativa de los sindicalistas a aceptar puestos de responsabilidad, produciéndose una retracción que perjudica el normal desenvolvimiento del sindicato y que lesiona, por tanto, la libertad sindical. Sin embargo, existen otras muchas situaciones que, no constituyendo reflejo de un trabajo por cuenta ajena, permitirían formular idéntica queja; el ejemplo más próximo sería el de los cargos políticos, pero incluso los trabajadores autónomos podrían alegar que la ausencia de cobertura representa una restricción a su derecho al trabajo, al operar un efecto disuasorio respecto de determinadas labores o colocaciones.

En definitiva, concluye el Abogado del Estado, lo que el recurrente cuestiona es la posibilidad misma de que el legislador seleccione las situaciones de necesidad que reputa más urgentes o acuciantes para sus perceptores, exigiendo que atienda a un dato extraño en sí mismo a los mecanismos de protección social como pueda ser el de la dedicación u objeto de la actividad del empresario o la concreta posición institucional del mismo. Sin embargo, tales factores no transmiten por sí mismos un mejor rango o posición jurídica para el devengo de prestaciones sociales por parte de sus trabajadores; el desempleo de un trabajador cuya actividad esté relacionada con la administración de justicia o del empleado de una asociación con fines de fomento de la igualdad de las personas, no pueden pretender el acceso a unas prestaciones ajenas al diseño y previsiones legales en virtud de la invocación de los derechos a la tutela judicial efectiva o a la igualdad, en base a los efectos disuasorios que para tales dedicaciones pudiera producir la imprevisión de prestaciones.

8. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 29 de mayo de 2003, reiterando los criterios recogidos en su demanda de amparo.

9. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 5 de junio de 2003, interesó el otorgamiento del amparo.

Señala, en primer lugar, recogiendo doctrina de este Tribunal en materia de libertad sindical, que una interpretación restrictiva del derecho a la protección por desempleo a que se refiere el art. 41 CE, que en principio se predica de los ciudadanos y no exclusivamente de los trabajadores por cuenta ajena, puede acarrear como resultado una limitación o entorpecimiento del ejercicio de la actividad sindical, tanto del dirigente como de la organización en la que se encuadra. Desde esta perspectiva, entiende que la interpretación sostenida por las resoluciones recurridas es contraria a lo establecido en el art. 3.2 del Convenio 87 OIT, que recuerda que «las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal». La elección del demandante es fruto del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical, por lo que una interpretación que implica un perjuicio en la protección por desempleo por el hecho de desempeñar funciones de dirección sindical retribuida, es una interpretación restrictiva que limita o entorpece el ejercicio del propio derecho.

Y lo mismo ocurre en relación con la denegación de la petición subsidiaria de considerar al menos el período de

desempeño de las funciones sindicales como «período neutro». La interpretación que de los arts. 2.1 y 3 del Real Decreto 625/1985 realizan tanto el INEM como los órganos judiciales no resulta la más favorable para el ejercicio de la actividad sindical reconocida en el art. 28.1 CE, pues a pesar de haberle sido admitidas al actor las cotizaciones durante el dilatado tiempo de desempeño de la actividad sindical, no se ha tenido en cuenta la realidad de la orientación jurisprudencial que aboga por una interpretación flexibilizadora para otorgar el carácter de situaciones asimiladas al alta a ciertas situaciones de necesidad, ajenas al ejercicio de derecho fundamental alguno.

De este modo se llega a una paradójica situación, en la que el ejercicio de una actividad sindical –por la que efectivamente se ha cotizado al régimen general de la Seguridad Social– origina una consecuencia desfavorable o perjudicial al trabajador, que advierte que ni se le admiten las cotizaciones efectivamente realizadas en ese período, ni se le permite la retroacción para el cálculo del período de carencia, no obstante haber acreditado y justificado una dilatada vida de laboral; por ello, al negarse a examinar si la situación fáctica del demandante presenta alguna identidad con la de aquellos supuestos contemplados legalmente como asimilados al alta, o a aquellos otros a los que se les ha reconocido jurisprudencialmente tal condición pese a su no previsión legal, no cabe sino concluir que en este punto se realiza una interpretación indebidamente restrictiva de su derecho de libertad sindical, al derivar consecuencias negativas de su ejercicio.

Como antecedente en la doctrina constitucional, la STC 48/1991 concluyó que a efectos de la protección por desempleo debía entenderse en situación asimilada al alta a los trabajadores en huelga legal, conforme a una interpretación de la legalidad más favorable al derecho fundamental, a pesar de no encontrarse expresamente prevista dicha situación entre los supuestos de retroacción contemplados en la norma legal. En el supuesto que ahora se analiza, sí que está prevista la situación de desempeño de cargo sindical, pero sólo cuando el mismo se ejerza tras haberse obtenido en la empresa de origen la situación de excedencia forzosa; por ello, la requerida interpretación flexibilizadora y más favorable al derecho fundamental comprometido debiera ser la de considerar como situación asimilada al alta la de la finalización de la relación laboral por razón de elección para cargo sindical.

10. Por providencia de fecha 21 de septiembre de 2005, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo, que ha ocupado durante los años 1982 a 1998 el cargo de Secretario General de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC OO) del País Valenciano, imputa a la resolución administrativa recurrida y a las resoluciones judiciales que la confirmaron la vulneración de su derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE), al haberle denegado las prestaciones por desempleo solicitadas por considerar que el desempeño del cargo citado no determina la existencia de una relación laboral entre el sindicato y el sindicalista, que carece por ello de la condición de trabajador por cuenta ajena, tratándose de una situación no protegida por la normativa reguladora de la prestación y sin que resulte tampoco de aplicación la posibilidad de retrotraer el período de cotización exigido a las cotizaciones previas realizadas por el demandante con anterioridad a 1982, por no encontrarse en la situación asimilada al alta que para los supuestos de excedencia forzosa en la empresa de origen contempla 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.

Considera el demandante de amparo que tales resoluciones limitan injustificadamente el derecho de libertad sindical, tanto de los dirigentes sindicales, en cuanto a su posibilidad de optar a ser elegidos para los cargos de responsabilidad sindical estatutariamente establecidos, como del conjunto de los afiliados al sindicato, en su derecho a elegir libre y democráticamente a quienes consideren más cualificados para asumir tales responsabilidades y funciones.

Este mismo criterio sostiene en su informe el Ministerio Fiscal, para quien las resoluciones recurridas realizan una interpretación indebidamente restrictiva del derecho a la protección por desempleo, ocasionando con ello una limitación o entorpecimiento del ejercicio de la actividad sindical, tanto del dirigente como de la organización en que se encuadra, al derivar consecuencias negativas del ejercicio del cargo para el que se ha sido elegido.

Por el contrario, el Abogado del Estado solicita la desestimación del amparo, señalando que lo que el demandante cuestiona es la posibilidad misma de que el legislador seleccione las situaciones de necesidad que reputa más urgentes o acuciantes para sus perceptores y atiende a un dato extraño en sí mismo a los mecanismos de protección social como es, en este caso, la dedicación y el objeto de la organización de la que se es dirigente y su posición institucional.

2. La cuestión así planteada resulta sustancialmente idéntica a la resuelta por este Tribunal en la reciente STC 44/2004, de 23 de marzo, a cuya doctrina debemos remitirnos. En dicha Sentencia se analizó, desde la perspectiva en aquella ocasión tanto del art. 28.1 CE como del art. 14 CE, la queja de otra sindicalista disconforme con el periodo de prestaciones por desempleo reconocido por el INEM tras su cese en el cargo, al no haber computado como cotizado el periodo durante el cual desempeñó el mismo ni haber atendido tampoco a su petición subsidiaria de retrotraer el periodo de ocupación cotizada por el tiempo equivalente al referido periodo, considerando el mismo como un paréntesis o espacio temporal «neutro» y computando las cotizaciones realizadas en empresas para las que trabajó antes de acceder al desempeño del cargo sindical.

Señalamos en la citada Sentencia (FJ 4) que «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 periodos 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)».

Sentado lo anterior y por lo que se refiere a la pretendida vulneración del art. 28.1 CE, razonamos también que la cuestión planteada resultaba «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».

De esta forma, concluimos que «nada impide que, por expresa determinación legal, o incluso por vía reglamentaria a través del cauce previsto en el art. 97.2 I) 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 periodo 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 protección por desempleo».

Finalmente, en lo que se refiere a la pretensión subsidiaria planteada en el proceso *a quo* por el ahora demandante de amparo, en el sentido de que se considerara el periodo durante el cual desempeñó el cargo sindical como un paréntesis o periodo neutro, remontrándose para obtener el periodo de cotización exigido a las cotizaciones previas efectuadas por el demandante desde 1964, pretensión que fue desestimada igualmente en las resoluciones recurridas por no encontrarse el demandante en la situación asimilada al alta que para los cargos sindicales que estuvieran en situación de excedencia forzosa en su empresa de origen establece 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, señalamos tam-

bién en la STC 44/2004 (FJ 5) que la negativa a aplicar dicha retroacción en el caso considerado descansaba «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 proscribió el art. 28.1 CE». Y ello porque «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». De manera 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]».

3. Dada la identidad sustancial existente entre el asunto ahora considerado y el que resolvió la STC 44/2004, de 23 de marzo, de la que se ha hecho transcripción literal en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, debemos proceder igualmente en el presente caso a la denegación del amparo solicitado, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de aquélla.

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 Montalbán Gámez.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil cinco.—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.

17751 Sala Primera. Sentencia 235/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 5886-2002. Promovido por don Jordi Wasilcovich Wasilcovich en relación con los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Cataluña, con sede en Lleida, que desestimaron su queja contra el Centro Penitenciario de Ponent sobre permiso de salida.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: acceso al recurso frente a resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria por parte de reclusos sin asistencia letrada (STC 128/1998).

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. 5886-2002, promovido por don Jordi Wasilcovich Wasilcovich, representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Carpetillo Vega y asistido por el Abogado don José A. Díaz Garrido, contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Cataluña, con sede en Lleida, de 2 de octubre de 2002, que desestima el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 2 de septiembre de 2002, que confirma el acuerdo de la Junta de tratamiento del Centro penitenciario ilerdense de Ponent, denegatorio de la concesión de un permiso de salida. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El 21 de octubre de 2002 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de don Jordi Wasilcovich Wasilcovich, en el que manifiesta que comparece para interponer recurso de amparo contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Cataluña, con sede en Lleida, de 2 de octubre de 2002, y solicita el nombramiento de Procurador y Abogado de oficio. El citado Auto desestima un recurso de reforma interpuesto contra otro Auto del mismo Juzgado de Lérida, de 2 de septiembre de 2002, que confirmaba el acuerdo de la Junta de tratamiento del Centro Penitenciario de Ponent, denegatorio de un permiso de salida solicitado por el recurrente. En su escrito alegaba que el Auto combatido vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva al no dar trámite al recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, guardando silencio sobre la firmeza de la resolución, así como los derechos reconocidos en los arts. 25.2 y 17 CE.

2. Librados los despachos pertinentes, se designó Procurador y Letrado del turno de oficio a Miguel Ángel Carpetillo Vega y don José A. Díaz Garrido, respectivamente. Asimismo se requirió al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Cataluña para que remitiera testimonio del expediente.