

LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A LOS CARGOS SINDICALES

FERNANDO BALLESTER LAGUNA
*Catedrático de Escuela Universitaria de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto el estudio de la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos sindicales, el cual se ha materializado en fechas recientes a través de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre. En el artículo se acomete el análisis de las tres cuestiones básicas que configuran la situación protegida, con especial atención a los principales problemas interpretativos que se suscitan sobre el particular: 1. La delimitación del cargo sindical favorecido por esta medida de inclusión en la protección por desempleo; 2. La identificación y descripción de la situación legal de desempleo en este supuesto; y 3. El contenido de la acción protectora.

Palabras clave: cargos directivos sindicales, protección por desempleo, situación legal de desempleo, dedicación exclusiva o parcial y Ley 37/2006, de 7 de diciembre.

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. Los fines de la extensión de la protección por desempleo a los cargos sindicales.
- III. Análisis del supuesto de hecho protegido.
 1. Delimitación del cargo sindical al que se refiere la Ley 37/2006, de 7 de diciembre.
 2. La situación legal de desempleo.
 3. Breve referencia al contenido de la protección por desempleo.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 37/2006, de 7 de diciembre ¹, ha extendido la protección por desempleo a ciertos cargos públicos y sindicales, garantía cuya adopción en relación con estos últimos ha requerido a la par su inclusión en el sistema de la Seguridad Social (en concreto, en el Régimen General), pues, hasta la fecha, se encontraban extramuros del mismo, siendo la pertenencia al sistema el presupuesto indispensable para que pueda desplegarse con mayor o menor alcance su acción protectora ².

Se trata de los miembros de las Corporaciones Locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares, así como los cargos representativos de los sindicatos que ejerzan funciones sindicales de dirección, siempre que todos ellos desempeñen sus respectivos cargos con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo por ello una retribución.

Pues bien, el análisis que sigue centrará su atención exclusivamente en relación con la extensión de la contingencia de desempleo a los cargos sindicales, abordándose el estudio de las tres cuestiones básicas que configuran la situación protegida: 1. La delimitación del cargo sindical favorecido por esta medida de inclusión en la protección por desempleo; 2. La identificación y descripción de la situación legal de desempleo en este supuesto; y 3. El contenido de la acción protectora. Con carácter previo, sin embargo, me referiré a la doble virtualidad que se puede predicar de esta medida, que actúa no solo como un derecho subjetivo de quienes deciden acceder al ejercicio de ciertas funciones sindicales, sino también como una medida idónea en orden a contribuir a la consolidación y afianzamiento de los sindicatos y, por ende, de promoción de la acción sindical en su conjunto.

¹ Relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales. (BOE de 8 de diciembre).

² Para ello se han modificado los artículos 97, 205, 208 y la disposición adicional cuadragésima segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS). Además, se han establecido reglas propias en materia de cotización por la contingencia de desempleo (art. 2 de la ley), así como una disposición transitoria única en relación con las cotizaciones ya efectuadas.

II. LOS FINES DE LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A LOS CARGOS SINDICALES

El primer (y seguramente principal) propósito que guía la aprobación de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, no es otro que garantizar, a quienes cesen total o parcialmente en el ejercicio de un cargo sindical en determinadas condiciones, el acceso a la protección por desempleo, extendiendo tal derecho subjetivo a personas que hasta la fecha no eran titulares del mismo ³. A ello se refiere explícitamente la Exposición de Motivos de la ley, explicando la opción del legislador en el hecho de que «*existen razones de justicia y de equidad, que justifican la equiparación de dichos cargos [se refiere tanto a los cargos públicos como sindicales] a trabajadores por cuenta ajena*» (III, párrafo 1.º), añadiéndose en otro pasaje de la misma Exposición de Motivos que «*aunque los indicados cargos [públicos o sindicales] no pueden ser considerados propiamente trabajadores por cuenta ajena, es lo cierto, no obstante, que la situación en que se encuentran los mismos cuando pierden el cargo es bastante similar a la que se encuentra un trabajador por cuenta ajena cuando pierde su trabajo; en ambos casos la consecuencia inmediata que se produce es que se pierde la retribución que llevaba aparejada la actividad que se venía realizando y se deja de realizar*» (II, párrafo 2.º). En consonancia con ello, se incorporan al catálogo de los sujetos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social a los cargos directivos de los sindicatos en su condición de asimilados a los trabajadores por cuenta ajena [art. 97.2, letra 1), TRLGSS]. Lo que está en consonancia con la calificación que debe merecer la relación jurídica que une al cargo con su sindicato, de naturaleza asociativa y representativa con exclusión del vínculo laboral ⁴.

Pero, junto a esta indudable vertiente de garantía individual que *prima facie* posee la medida instaurada, no conviene desconocer que la misma también tiene una clara repercusión en el plano colectivo, desde la perspectiva de su contribución a la promoción del hecho sindical, esto es, a la consolidación y desenvolvimiento de los sindicatos. Y ello por más que la Exposición de Motivos de la ley guarde silencio sobre el particular. En efecto, parece bastante evidente que cuando el legislador opta por rodear a los cargos sindicales de ciertas garantías o derechos (por lo que ahora interesa, la

³ Así lo confirmaban tanto la práctica administrativa como las resoluciones judiciales que se ocuparon de esta problemática, argumentando, en síntesis, que la pérdida del cargo sindical no era incardinable en ninguna de las situaciones legales de desempleo recogidas normativamente. Ello no obstante, y a la vista de la normativa reglamentaria vigente en materia de protección por desempleo, se destacaba la situación particular en que se encontraban los cargos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva en situación de excedencia forzosa con derecho a reserva del puesto de trabajo. En tal caso, y cuando se producía una auténtica situación legal de desempleo (por ejemplo, la negativa empresarial a la reincorporación del trabajador al término de la situación de excedencia o la imposibilidad de su materialización por cierre de empresa), se consideraban computables los períodos cotizados durante el desempeño del cargo sindical, merced a una interpretación extensiva de las excepciones a la retroacción del período de ocupación prevista en el artículo 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en relación con la asimilación al alta establecida en el artículo 2.1 a) del mismo cuerpo normativo.

El Tribunal Constitucional ha dictado hasta la fecha dos sentencias que confirman la constitucionalidad de esta interpretación extensiva de la normativa reglamentaria que se realiza exclusivamente en los supuestos en los que el cargo sindical se encuentre en situación de excedencia forzosa con derecho a reserva del puesto de trabajo. Se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, SSTC) 44/2004, de 23 de marzo, y 234/2005, de 26 de septiembre.

⁴ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 7 de abril de 1987 (RJ 2364), así como las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, SSTSJ) de Madrid, 11 de febrero de 1999 (AS 180); Comunidad Valenciana, 5 de octubre de 1999 (AS 2000/610) y 17 de julio de 2001 (AS 2002/398); La Rioja, 4 de noviembre de 2003 (AS 2004/660); Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 1 de diciembre de 2003 (JUR 2004/58631).

cobertura por la contingencia de desempleo cuando se produce el cese en el cargo) también se está incentivando y haciendo más atractivo el acceso al desempeño de cargos de esa naturaleza. Sin duda a esto mismo se refiere el Tribunal Constitucional cuando, en relación con una facultad distinta establecida a favor de los cargos sindicales [en concreto, la excedencia por ejercicio de cargo sindical a que se refiere el art. 9.1 b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical –LOLS–], afirma gráficamente que se trata de una medida de carácter instrumental en orden a facilitar «*el reclutamiento de cargos dirigentes*»⁵.

Todo ello tiene sin duda una gran importancia. Como ya ha sido anunciado, y más adelante se tendrá ocasión de analizar, el supuesto de hecho a que nos referimos viene representado por el desempeño de ciertos cargos de representación y gobierno de los sindicatos, sus órganos directivos, en suma, sobre los que recae la responsabilidad última de guiar y orientar la política sindical en orden al cumplimiento de las funciones atribuidas constitucionalmente a los sindicatos. Señaladamente, en el artículo 7 de la Constitución española (en adelante, CE), dentro de su «Título Preliminar», donde se reconoce la importancia de los sindicatos como instrumentos esenciales para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores en su conjunto en el Estado social y democrático de derecho. No en vano ha sido el propio Tribunal Constitucional el que se ha encargado de calificar al sindicato como una de las instituciones básicas del sistema político, situándolo en una posición similar a la de los partidos políticos (art. 6 CE)⁶. Resulta, pues, innegable la relevancia constitucional de las tareas sindicales cuya cesación viene arropada por la protección ante la contingencia de desempleo.

Además, interesa destacar en este punto que la Ley 37/2006 supone un paso más en la tutela de los intereses de los cargos dirigentes sindicales, mediante la introducción de esta medida (la extensión de la protección por desempleo), que se adiciona o yuxtapone a otras garantías o derechos establecidos tiempo atrás a favor de este colectivo. A saber:

1. El derecho al pase a la situación de excedencia por ejercicio de funciones directivas sindicales de ámbito provincial o superior, el cual puede materializarse tanto en el interior de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma [art. 9.1 b) LOLS] como en el seno de los sindicatos simplemente representativos y de los sindicatos que ni siquiera reúnen ese mínimo de representación (arts. 46.4 y 48.3 del Estatuto de los Trabajadores –ET–). En ambos casos, los trabajadores que acceden a la situación de excedencia sindical tienen derecho a la reserva del puesto de trabajo y, por ende, a la reincorporación automática a la empresa al término de la situación de excedencia; y, con dudas sobre su respectivo alcance, el derecho al cómputo del período de excedencia sindical como de antigüedad⁷.
2. El disfrute de los permisos necesarios para el desempeño de funciones sindicales, debiéndose distinguir aquí también dos supuestos bien distintos. De una parte, el desempeño de cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales

⁵ Véase la STC 263/1994, de 3 de octubre, FJ 5.º.

⁶ Por todas, las SSTC 11/1981, de 8 de marzo; 20/1985, de 14 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; 94/1998, de 4 de mayo; 7/2001, de 15 de enero; 215/2001, de 19 de octubre.

⁷ Para un análisis de la excedencia sindical en el ET y en la LOLS me permito remitir a mi libro, BALLESTER LAGUNA, F.: *La excedencia por ejercicio de cargo sindical*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Comares, Granada, 2003.

más representativas, que lleva aparejado el reconocimiento del derecho (cierto) al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, pudiéndose establecer, por acuerdo, limitaciones al disfrute de los mismos en atención a las necesidades del proceso productivo [art. 9.1 a) LOLS]. Y, de otra parte, la posibilidad que se brinda a los convenios colectivos de reconocer permisos retribuidos para el ejercicio de funciones sindicales en el interior de cualquier sindicato [art. 37.3 e) ET]; derecho este último condicionado, por tanto, a su reconocimiento a través de la negociación colectiva.

A diferencia de los supuestos de excedencia por ejercicio de cargo sindical, en los que se produce el decaimiento de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, la figura de los permisos se prevé para compatibilizar el desempeño del cargo sindical con el trabajo por cuenta ajena del trabajador. Por tanto, se trata de medidas que, al menos en principio, actúan alternativamente.

3. El derecho de quienes ostenten cargos directivos sindicales a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas a la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para participar en acciones propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo [art. 9.1 c) LOLS].

Pues bien, si se compara la garantía recientemente instaurada a través de la Ley 37/2006 (la cobertura por la contingencia de desempleo) con esas otras garantías preexistentes (excedencias, permisos y acceso a los centros de trabajo), se aprecia que si bien todas ellas tienen como destinatarios a los cargos dirigentes sindicales, existe una diferencia importante en cuanto a su respectivo alcance. Así, sucede que en materia de excedencias, permisos o acceso a los centros de trabajo, se establecen distinciones de régimen jurídico por razón del carácter más representativo o no del sindicato en el que se va a desempeñar el cargo o se acude como factor de diferenciación al ámbito geográfico en el que se ejercitan las funciones sindicales de que se trate. Por ejemplo, el pase a la situación de excedencia por ejercicio de cargo sindical tan solo se justifica si las funciones directivas sindicales son de ámbito provincial o superior. Y otro tanto ocurre en relación con la utilización de los permisos no retribuidos necesarios, que se reconocen también a los cargos sindicales de ámbito provincial o superior, si bien en este caso se exige además que se trate de un sindicato más representativo a nivel del Estado o de la Comunidad Autónoma. En cambio, nada de esto ocurre en materia de desempleo, cuya cobertura se brinda con carácter universal en relación con todos los cargos directivos (sea cual sea su ámbito geográfico de actuación) de todos los sindicatos (sea cual sea su representatividad) ⁸.

⁸ La extensión de la protección por desempleo a todos los cargos sindicales, haciendo abstracción del ámbito geográfico en el que se desempeña el cargo, es una modificación de la Proposición de ley, introducida vía enmiendas de los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular (enmiendas n.º 7 y 13, respectivamente), que consideraron que la eliminación del requisito de que se tratase de cargos directivos de ámbito provincial o superior era una medida más respetuosa con la libertad sindical, amén de posibilitar la protección de ciertos cargos pertenecientes a estructuras territoriales diferentes, que no quedaban incluidos en el ámbito de la Proposición de ley, cuando la realidad era que determinadas organizaciones comarcales o insulares tenían tanto o más entidad que algunas organizaciones provinciales. Tal era el caso –se afirmaba– en los sindicatos comarcales de Vigo, Ferrol, Gijón o Ibiza.

Para consultar esta y otras enmiendas presentadas, puede consultarse la siguiente página web del Congreso de los Diputados <http://www.congreso.es> en su sección de «Iniciativas».

No hay que descartar que el legislador haya sido más generoso hoy, en la delimitación del cargo directivo sindical al que se reconoce la protección por desempleo, de que lo fue en el pasado, cuando se reconocieron a favor de aquellos derechos tales como el pase a la situación de excedencia y el disfrute de permisos no retribuidos, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y, sobre todo, el distinto sujeto sobre el que recae la «carga» de los derechos reconocidos: el conjunto de los ciudadanos (o, si se prefiere, el Estado) en relación con la cobertura por la contingencia de desempleo; el empresario, por el contrario, respecto de la excedencia y los permisos. Sea como fuere, me parece que el reconocimiento amplio de la protección por desempleo a todos los cargos dirigentes sindicales es una elección acertada, pues, a mi entender, ya se ha ahondado suficientemente en el establecimiento de prerrogativas a favor de los sindicatos más representativos, habiendo llegado el momento de introducir medidas que favorezcan a todos los sindicatos. A mayor abundamiento, también sucede que siendo como es una medida promocional del hecho sindical, la cobertura por desempleo incide *prima facie* y de un modo directo en los derechos individuales del cargo directivo sindical. Circunstancia que, a mi juicio, desaconseja igualmente «discriminar» en materia de protección por desempleo por razón de la opción afiliativa manifestada por el sujeto en cuestión.

III. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO PROTEGIDO

Como se anunció, tres son las cuestiones que hay que despejar en el estudio de la situación protegida: 1. La delimitación del cargo sindical incluido en la cobertura por desempleo; 2. La identificación y descripción de la situación legal de desempleo en este caso; y 3. El contenido de la acción protectora. A ellas se dedican sin más preámbulos las páginas que siguen.

1. Delimitación del cargo sindical al que se refiere la Ley 37/2006, de 7 de diciembre.

Se ha expuesto suficientemente que el cargo sindical favorecido por la inclusión en la protección por desempleo es aquel que realiza funciones de dirección en el interior de las estructuras sindicales. Así lo establece nitidamente el nuevo apartado 4 del artículo 205 TRLGSS: «*También estarán comprendidos en la protección por desempleo (...) los cargos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección (...)*»; la calificación legal de los cargos como «representativos» redundaría en ello. En definitiva, se trata del desempeño de cargos de representación y gobierno de los sindicatos sobre los que recae la responsabilidad de guiar y orientar la política sindical⁹. Lo cual

⁹ Aunque en el contexto de la excedencia sindical, los tribunales han conocido de supuestos de desempeño de cargos directivos sindicales tales como los siguientes: Secretario de la Unión Provincial de CC.OO. de Navarra (STS de 28 de junio de 1982, RJ 4093); miembro del Consell de la Federació del Metal de CC.OO. de Catalunya (STS de 9 de octubre de 1982, RJ 6137); Secretario General y miembro del Comité Provincial del Sindicato Unitario Andaluz de Trabajadores (STSJ Andalucía, Málaga de 10 de octubre de 1990, AS 3086); Secretario General de la Federación Provincial de Transportes y Telecomunicaciones de la UGT en Pontevedra (STSJ Galicia de 17 de noviembre de 2001, JUR 21205); Permanente Sindical por la Unión Sindical Obrera de Castilla-La Mancha (STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de noviembre de 2003, AS 2004\381).

significa que no pueden reconducirse a esta figura los quehaceres meramente administrativos y de gestión desempeñados por los empleados o por los distintos colaboradores con los que puede nutrirse un sindicato ¹⁰.

También se ha relatado y ha sido valorado positivamente la existencia de un reconocimiento amplio de la protección por desempleo a todo cargo sindical, en la medida en que no se configura como una prerrogativa de ciertos sindicatos y tampoco se establecen exigencias mínimas en cuanto al ámbito territorial de actuación del cargo. De tal modo, que la realización de funciones sindicales de dirección en cualquier ámbito geográfico (insular, local, comarcal, provincial, interprovincial o superior) y en cualquier sindicato (más representativo, simplemente representativo o que ni siquiera alcance ese mínimo de representación) son supuestos todos ellos que caben en la norma.

A lo ya expuesto hay que añadir que la ley contempla la situación del cargo directivo sindical tanto con dedicación exclusiva como con dedicación parcial, exigiéndose en cualquiera de estos dos casos el carácter retribuido del cargo [arts. 97.2.2.º, letra l) y 205.4 TRLGSS]. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, cuando se aborde la delimitación de la situación legal de desempleo en este supuesto. De momento baste considerar que la extensión de la cobertura por desempleo a los cargos sindicales con dedicación parcial permitirá el percibo de la prestación que corresponda a la par que se realice una actividad profesional retribuida, al menos en determinados supuestos (por ejemplo, cuando se trate de un trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial que compatibilice su actividad laboral con el desempeño de un cargo directivo sindical). Por otro lado, tanto el tipo de dedicación, exclusiva o parcial, como la retribución que abone el sindicato por el desempeño del cargo, determinarán la cotización por la contingencia de desempleo y la cuantía de la prestación. El artículo segundo, punto dos, de la Ley 37/2006 establece que «*El tipo de cotización por desempleo será el establecido en cada momento con carácter general para la contratación de duración determinada a tiempo completo o parcial*» ¹¹.

Lo que la norma no parece resolver, pues no se pronuncia explícitamente sobre el particular, al menos con claridad, es si el cargo directivo sindical debe ser necesariamente electivo o si, por el contrario, la protección alcanza también a los eventuales cargos sindicales por designación. Ciertamente, la ley se refiere en todo momento a los «*cargos representativos de los Sindicatos*» [arts. 97.2.2.º letra l) y 205.4 TRLGSS]. Lo que en otro contexto normativo en el que se utiliza idéntica expresión (me refiero a la excedencia por ejercicio de cargo sindical de conformidad con el art. 46.4 ET), se ha interpretado en el sentido de considerar que el término «representativo» resulta equivalente al de

¹⁰ Un ejemplo de ello, también en materia de excedencia sindical, en la STSJ Comunidad Valenciana 5 de octubre de 1999 (AS 2000/610).

¹¹ A este respecto, las normas de cotización correspondientes al año 2007 han establecido los siguientes tipos: en contratación de duración determinada a tiempo completo: 8,30%, del que el 6,70% será a cargo del empresario (por lo que aquí interesa, el sindicato) y el 1,60% restante a cargo del trabajador (esto es, el propio cargo sindical). En contratación determinada a tiempo parcial: 9,30%, del que el 7,70% será a cargo del empresario (sindicato) y el 1,60% restante a cargo del trabajador (cargo sindical). Artículo 31.2.1.2 de la Orden TAS/31/2007, de 16 de enero (BOE de 19 de enero).

«electivo»¹². Pero, sin necesidad de tener que compartir esta exégesis, cuando menos dudosa¹³, considero que es posible llegar a idéntica conclusión, esto es, la del carácter electivo de los cargos directivos de los sindicatos, a la luz de otras normas jurídicas de contenido mucho más claro. Me refiero a los artículos 2.1 c) y 4.2 c) LOLS que, en relación con los órganos de representación y gobierno del sindicato –precisamente los que ahora centran nuestra atención–, prevén explícitamente su necesario carácter electivo¹⁴.

El problema se planteará en relación con algunas previsiones estatutarias que sirven de cobertura a la existencia de cargos sindicales por designación. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de las previsiones contenidas en el artículo 22.1 de los Estatutos de CC.OO. actualmente en vigor¹⁵, a cuyo tenor, «*En los casos de autodisolución o dimisión de los órganos de dirección de organizaciones integradas en la C.S. de CC.OO., la Ejecutiva inmediatamente superior, de rama en su ámbito y de territorio en el suyo, designará una dirección provisional que sustituya a tal órgano y que convocará un congreso o asamblea extraordinarios del ámbito que corresponda para que proceda a la elección de la nueva dirección. El plazo máximo que tendrá la dirección provisional para convocar y realizar el congreso o asamblea extraordinarios será de doce meses (...)*». A mi juicio, resulta perfectamente explicable que estas situaciones, que son realmente excepcionales y transitorias en la vida del sindicato, se afronten a través de la designación de un cargo sindical provisional. Lo que me lleva a pensar que este tipo de soluciones no resultan contrarias a las previsiones contenidas en la LOLS sobre el carácter electivo de los cargos de dirección del sindicato, concebido lógicamente para situaciones de normalidad. Precisamente por ello, interpreto que estos cargos sindicales por designación pueden considerarse también incluidos en la protección por desempleo, máxime teniendo en cuenta que en relación con los cargos públicos se incluyen tanto los cargos electos como por designación.

2. La situación legal de desempleo.

Como se ha expuesto, la Ley 37/2006 extiende la protección por desempleo a los cargos directivos de los sindicatos, con dedicación exclusiva o parcial, siempre que perciban una retribución de su sindicato. Y para ello se ha previsto que se cotice por la contingencia de desempleo por parte tanto del cargo directivo como del sindicato en el que se desempeña el cargo.

¹² ALBIOL MONTESINOS, I.: «Vicisitudes del contrato de trabajo. La suspensión e interrupción. Comentarios», *Colección Laboral*, Tomo IV, CISS, Valencia, 1999, pág. 15; RUANO ALBERTOS, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, COLEX, n.º 16, Madrid, 1995, pág. 26; CAMACHO ORTEGA, J.D.: *La excedencia sindical*, *Ibidem*, Madrid, 1997, págs. 177-178.

¹³ Y es que no está nada claro que un cargo libremente designado por la autoridad competente para ello no quepa considerarlo también como representativo. Todo dependerá de la noción más o menos amplia de que se parta.

¹⁴ Artículo 2.1 c) LOLS: «*La libertad sindical comprende: (...) c) El derecho de los afiliados a elegir a sus representantes dentro de cada sindicato*». Artículo 4.2 c) LOLS: «*Las normas estatutarias contendrán al menos: (...) c) Los órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos*».

Véase también a este respecto la STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 783), FD 4.º.

¹⁵ Aprobados en el 8.º Congreso Confederado de fecha 24 de abril de 2004. Para su consulta puede visitarse la siguiente dirección electrónica: <http://www.ccoo.es/ccoo/menu.do?Información:Documentos>

En todo caso, para que opere la protección no basta con la simple presencia de un sujeto protegido, pues, como es sabido, se requiere además la actualización de la contingencia de desempleo, esto es, la situación legal de desempleo, que, de conformidad con el nuevo párrafo 6 del artículo 208.1 TRLGSS, se dará en alguna de las dos siguientes circunstancias: 1. «*Cuando se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos*»; o 2. «*Cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial*». Como requisito adicional se exige, asimismo, que el cargo cesado «*no se encuentr(e) en una situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo*». Así se desprende del nuevo párrafo 2 de la disposición adicional cuadragésima segunda del TRLGSS cuando se refiere a los medios para acreditar la situación legal de desempleo: una certificación del órgano competente del sindicato en cuestión junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en ninguna de las situaciones descritas con derecho a reserva del puesto de trabajo.

En efecto, la pérdida involuntaria del cargo es el primer y principal requisito para poder acceder a la protección por desempleo, en consonancia con el objeto mismo de estas prestaciones definido con vocación de generalidad en el artículo 203.1 TRLGSS: «*El presente Título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente ley*». Por consiguiente, tanto la cesación en el cargo por terminación del mandato, como la remoción del cargo por sanción, son sin duda situaciones legales de desempleo, dada su común involuntariedad; no configura la situación legal de desempleo, en cambio, la cesación voluntaria o dimisión *ante tempus* en el desempeño del cargo.

Junto a la involuntariedad en el cese, la ley exige que la pérdida del cargo sea definitiva. Por consiguiente, y a diferencia de lo que sucede ante ciertas vicisitudes suspensivas del contrato de trabajo, que se sitúan bajo el paraguas de la cobertura por desempleo ¹⁶, la Ley 37/2006 no ha contemplado esta posibilidad en relación con eventuales ceses involuntarios en el desempeño del cargo sindical que sean temporales. Razón por la cual habrá que concluir que se sitúan extramuros de la protección por desempleo. Tal sería el caso de la suspensión temporal del cargo sindical por sanción disciplinaria del órgano competente para ello, supuesto que puede darse perfectamente en la práctica sindical ¹⁷.

También se considera situación legal de desempleo aquella otra en la que, aun manteniéndose el cargo, «*se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial*». El tenor

¹⁶ Tal es el caso de la suspensión del contrato de trabajo a través de expediente (administrativo) de regulación de empleo o resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, así como por decisión de la mujer trabajadora que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de la violencia de género (art. 208.1.2 TRLGSS).

¹⁷ Por ejemplo, a esta posibilidad se refieren los Estatutos de CC.OO. en su artículo 21. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que este supuesto guarda cierto paralelismo con la suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios, vicisitud suspensiva del contrato de trabajo que tampoco tiene cabida en la protección por desempleo.

literal de la norma adolece de cierta ambigüedad, hasta el punto de dar pie a considerar como una posible causa legal de desempleo la pérdida de la dedicación parcial en pro de una dedicación exclusiva. Pero esto es lisa y llanamente un disparate, debiéndose interpretar la norma en el sentido de considerar como situación legal de desempleo alguna de las siguientes: 1. La pérdida involuntaria y definitiva de la exclusividad; o 2. La pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación parcial en pro de otra dedicación, igualmente parcial, de menor duración que la primera¹⁸. Se da así cabida a la protección por desempleo parcial, que supondrá el reconocimiento de una prestación de desempleo como consecuencia de la pérdida de la dedicación exclusiva o parcial, compatible(s) con la continuidad en el desempeño del cargo sindical. Lo cual está en consonancia con la normativa reglamentaria vigente en materia de protección por desempleo, que considera la prestación y el subsidio de desempleo compatibles «*Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos que supongan dedicación parcial*», e incompatibles, por el contrario, cuando tales cargos «*supongan dedicación exclusiva*» [art. 15.1 a) 7.º y b) 7.º RD 625/1985, de 2 de abril, en su redacción dada por el RD 200/2006, de 17 de febrero].

Como se ha anunciado, la situación legal de desempleo se acreditará «*por certificado del órgano competente de(1) (...) Sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el ingreso a un puesto de trabajo*», previsión que permite deducir que en tales circunstancias no es posible el acceso a la protección. Distintos interrogantes se suscitan en torno a este enunciado normativo.

La primera cuestión que se suscita no es otra que la identificación de las situaciones concretas que configuran el supuesto de hecho. A este respecto, la norma utiliza una cláusula abierta («*que no se encuentre en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permite el ingreso a un puesto de trabajo*») que es necesario integrar. La referencia a la excedencia forzosa no plantea problemas de delimitación, pues, con esta misma denominación, alude el artículo 9.1 b) LOLS a la excedencia por ejercicio de funciones directivas sindicales de ámbito provincial o superior en el interior de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, la cual lleva anudada la garantía de la reserva del puesto de trabajo y, por ende, el derecho a reincorporarse automáticamente a la empresa al término de la situación de excedencia. Pero, como es sabido, la Ley del ET, en sus artículos 46.4 y 48.3, prevé estos mismos efectos (reserva de puesto y derecho a la reincorporación automática) para la excedencia sindical de ámbito provincial o superior en el seno de cualquier sindicato sea cual sea su representación, razón por la cual deberá correr la misma suerte que el supuesto anterior, al margen de la denominación que merezca la excedencia sindical regulada en el ET¹⁹.

¹⁸ Y es que del mismo modo que el tránsito de una dedicación parcial a otra en exclusiva no es causa legal de desempleo, tampoco lo es cuando se pasa de una dedicación parcial a otra, también parcial, pero de mayor dedicación temporal que la primera.

¹⁹ La Ley del ET no califica esta excedencia sindical de ningún modo en particular. Lo que ha llevado a la doctrina a calificarla de formas múltiples en atención a criterios distintos. Así, la consideran una excedencia forzosa, ALBIOL MONTESINOS, I.: «Artículo cuarenta y seis. Excedencias», *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Edersa, Madrid, 1981, págs. 344-345; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 230 y 398 y ss. Por el contrario, la califican como un supuesto de excedencia voluntaria, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: «Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales»,

Y es que es necesario concluir que lo que realmente actúa como un impedimento para el acceso a la protección por desempleo es el hecho de que el cargo sindical se encuentre en una vicisitud suspensiva del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto que le permita la reincorporación a la empresa al término de la misma. Por ello, también habrá que entender que integra este supuesto de hecho toda suspensión del contrato de trabajo o excedencia, pactada por acuerdo individual de las partes o de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo aplicable, que amplíe la reserva de puesto en relación con el desempeño de cargos directivos sindicales a los que no alcanza las previsiones de la LOLS o del ET²⁰.

Otro interrogante a despejar consiste en determinar si la situación de excedencia forzosa o de cualquiera otra que permita el reingreso a un puesto de trabajo es un impedimento de acceso a la protección que opera también en relación con la prestación de desempleo parcial. A este respecto ha de tenerse en cuenta el hecho de que cuando, aun manteniéndose en el desempeño del cargo, se pierden la exclusividad o una parte de la dedicación parcial, estas circunstancias no llevan aparejadas el derecho del trabajador a reincorporarse automáticamente en la empresa, el cual se subordina por ley a la cesación en el cargo. De ahí que, a mi juicio, deba imponerse la conclusión de que en los supuestos de pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial, conservándose el cargo, es posible acceder a la prestación por desempleo parcial aun en aquellos casos en que el cargo sindical se encuentre en una vicisitud suspensiva del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto, siempre y cuando la reincorporación a la empresa no pueda materializarse en ese momento²¹.

La última cuestión que se plantea en torno a todas estas causas impeditivas del acceso a la protección por desempleo es si las mismas operan sea cual sea la jornada de trabajo que se reanuda al término de la situación suspensiva o si, por el contrario, es necesario hacer distinciones por razón de la dedicación laboral, a tiempo completo o parcial. El tenor literal de la norma es neutro en este punto, por lo que podría conducir a la conclusión de que la ley hace tabla rasa. Sin embargo, una interpretación finalista y sistemática debe conducir a otra interpretación. En efecto, la normativa reglamentaria vigente en materia de protección por desempleo declara incompatibles la prestación y el subsidio por desempleo «*Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo*» [art. 15.1 b) 1.º RD 625/1985, de 2 de abril, en su redacción dada por el RD 200/2006, de 17 de febrero] a

Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, n.º 7, 1981, pág. 314; VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, volumen IX-1, Edersa, Madrid, 1983, pág. 115. Finalmente, la califican como una excedencia especial, ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Colección monografías, n.º 52, Pamplona, 1997, pág. 75; CAMACHO ORTEGA, J.D.: *La excedencia sindical*, ob. cit., pág. 115.

²⁰ Como muestra de algunos convenios colectivos que reconocen la situación de excedencia con derecho a la reserva de puesto de trabajo en relación con cargos directivos sindicales de ámbito inferior a la provincia, puede consultarse los siguientes: convenio colectivo interprovincial de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, 2006-2008 (BOE de 19 de diciembre de 2006), artículo 80; convenio colectivo interprovincial de minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (BOE de 15 de marzo de 2003), artículo 28.

²¹ Salvando las distancias, por los distintos efectos que poseen la excedencia sindical y la voluntaria, el Tribunal Supremo ha concluido en un supuesto de excedencia voluntaria que se obtuvo para acceder a otro empleo del que después es despedido, que el trabajador tiene derecho a la prestación por desempleo si no ha transcurrido todavía el plazo por el que la excedencia voluntaria fue concedida (STS de 29 de diciembre de 2004, RJ 2005/5258).

diferencia de lo que sucede «*Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo parcial*», que se considera compatible con el percibo de estas prestaciones [art. 15.1 a) 1.º del mismo RD]. Pues bien, de tales previsiones se infiere que, en la hipótesis de que el cargo sindical acceda durante el desempeño del cargo a un empleo por cuenta ajena a tiempo parcial, la futura protección por desempleo que se dispense como consecuencia del desempeño del cargo se lucrará a pesar de la vigencia del contrato de trabajo a tiempo parcial²². Por consiguiente, no parece que tenga demasiado sentido concluir que, cuando se trate de un cargo sindical que tenga previamente reconocido el derecho a la reserva de puesto, no es posible acceder a la protección por desempleo aunque el contrato de trabajo suspendido y, por ende, su reincorporación a la empresa, lo sea a tiempo parcial. Si así fuera, se estarían brindando dos soluciones distintas (una favorable a la protección, la otra desfavorable) por razón exclusiva del momento cronológico en el que se produce la situación de pluriempleo. Y ello, a mi juicio, debe ser rechazado.

3. Breve referencia al contenido de la protección por desempleo.

Es posible afirmar que el grueso del régimen jurídico de la protección por desempleo de los cargos sindicales no es otro que el propio de los trabajadores por cuenta ajena, con las particularidades que se han expuesto en el presente trabajo y con aquellas otras que puedan derivarse de un eventual desarrollo reglamentario de conformidad con la disposición final primera de la Ley 37/2006.

Ciertamente, la inclusión de determinados cargos sindicales en el sistema de la Seguridad Social [art. 97.2.2.º letra l)] se ha llevado a cabo en su condición de asimilados a los trabajadores por cuenta ajena. De tal forma, que el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social de estos depende del alcance que quiera darse a dicha asimilación. Siendo ello cierto, sin embargo, resulta evidente que en materia de desempleo se ha optado por dispensar una protección amplia, pues se brinda esta a los cargos sindicales «*en las condiciones previstas en este Título*²³ *para los trabajadores por cuenta ajena*». De ahí que resulte de aplicación a este colectivo la práctica totalidad de la normativa que disciplina la protección por desempleo.

Así pues, la protección por desempleo de los cargos sindicales comprenderá tanto el nivel contributivo como el nivel asistencial, pudiéndose lucrar las distintas prestaciones integradas en cada uno de estos dos niveles de protección, de acuerdo con los requisitos, condiciones y alcance previs-

²² En tal caso, el *quantum* de la prestación dependerá de si el cese en el desempeño del cargo que posibilita el acceso a la protección por desempleo lo es respecto de un cargo en exclusiva o con dedicación parcial. En el primer caso, esto es, cuando se trate de un cargo sindical en exclusiva, se le reconocerá el derecho a la correspondiente prestación, pero con una reducción de su cuantía equivalente al tiempo parcial trabajado. En cambio, cuando se trate de un cargo sindical a tiempo parcial se lucrará íntegramente la prestación por desempleo, sin reducción alguna, compatible con el contrato de trabajo a tiempo parcial. Así se desprende del artículo 15.1 d) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en su redacción dada por el Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, puesto en relación con el artículo 221.1 TRLGSS.

²³ Se refiere al Título III «Protección por desempleo».

tos en cada caso. Cuestiones tales como el contenido de las distintas prestaciones, su cuantía y duración, las reglas establecidas para su reconocimiento, las causas de suspensión y de extinción del derecho a prestaciones, el régimen de incompatibilidades, etc., se determinarán de conformidad con el régimen general establecido al efecto, teniendo en cuenta las particularidades introducidas por la Ley 37/2006, ya estudiadas, así como las que puedan establecerse en un futuro próximo por vía reglamentaria.