

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA PROTECCION POR DESEMPLEO

JOAQUIN GARCIA MURCIA

SUMARIO: I. UNA PRESENTACIÓN INICIAL: 1. Perspectivas de análisis y cuestiones tratadas. 2. Principales aportaciones de la doctrina constitucional.—II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y REQUISITOS DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: 1. La inscripción como desempleado dentro de plazo. 2. La exigencia de responsabilidades familiares.—III. LAS DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: 1. La protección de los trabajadores fijos del campo. 2. Los límites territoriales del subsidio de desempleo agrícola. 3. La protección de los trabajadores fijos discontinuos. 4. Alcance personal del llamado subsidio de prejubilación.—IV. REGLAS SOBRE CÓMPUTO DE COTIZACIONES Y GARANTÍAS DEL DERECHO DE HUELGA: 1. La repercusión de la huelga en la cotización mínima exigida por la ley. 2. Incidencia de la huelga legal en el período de cotización computable.—V. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU REFLEJO EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: 1. La dimensión asistencial de la seguridad social. 2. La pervivencia de rasgos contributivos en el sistema de protección. 3. Mecanismos de garantía y refuerzo de los derechos de seguridad social.—VI. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: 1. El criterio de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales. 2. Igualdad de trato y libre elección de residencia. 3. La proyección de la igualdad ante la ley sobre las normas reglamentarias. 4. Recurso de amparo y control de los reglamentos ilegales. 5. Sobre los límites del recurso de amparo.

I. UNA PRESENTACION INICIAL

La seguridad social ha ocupado una parte importante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TCO) ya desde sus primeros años de funcionamiento. En este tiempo, la labor de dicho órgano prácticamente se ha proyectado sobre todas y cada una de las más importantes parcelas de ese sistema: campo de aplicación, estructuración por regímenes, deberes de afiliación y alta, obligaciones de cotización, acción protectora, reparto de competencias en materia de financiación y gestión, etc. El TCO ha tenido oportunidad, asimismo, de pronunciarse sobre los principios informadores y las caracterís-

ticas esenciales del régimen público de seguridad social diseñado en el artículo 41 de la Constitución (1).

Dentro de ese extenso acervo jurisprudencial podemos encontrar, en particular, un buen número de sentencias que se han pronunciado sobre algunos de los problemas de interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la protección por desempleo (2). A estas sentencias se va a ceñir nuestro comentario, que comienza con una presentación inicial de las perspectivas de análisis y principales aportaciones del TCo en esta materia y continúa con una exposición más detenida de las distintas cuestiones que hasta el momento han estado presentes, con mayor o menor protagonismo, en la jurisprudencia constitucional.

1. *Perspectivas de análisis y cuestiones tratadas*

La normativa de desempleo, así como la aplicación que de la misma han hecho tanto la Administración competente en la materia como los tribunales laborales, ha sido, en efecto, objeto de examen por parte del TCo en numerosas ocasiones y desde diversas perspectivas. En la mayor parte de las sentencias referidas a esta clase de asuntos, la intervención del TCo se ha producido, como viene siendo habitual en un balance de conjunto de la jurisprudencia constitucional, a través de recursos de amparo en los que se invocaba el principio de la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución; otras veces, por limitarnos a los preceptos con mayor presencia en este contexto, la invocación y los argumentos de los recurrentes han girado en torno al derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 del texto constitucional.

(1) Una completa exposición, con comentario, de este cuerpo jurisprudencial en M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Madrid, Civitas, en tomos de periodicidad anual desde 1984; un balance de la doctrina, con sumario y guía de las distintas sentencias, en E. BORRAJO DACRUZ: *La seguridad social en la Constitución española*, en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, tomo II, Madrid, Civitas, 1991, págs. 1485 y sigs.; y «La seguridad social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional», *Documentación Laboral*, núm. 30 (1990).

(2) Por su regulación especial, y sus específicos mecanismos de gestión, se han suscitado dudas sobre la posición de la protección por desempleo en el conjunto del sistema de la seguridad social. La doctrina mayoritaria, de todas formas, considera el desempleo como una de las contingencias protegidas por dicho sistema, sin perjuicio de esas peculiaridades. Vid. ALARCÓN CARACUEL-GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de seguridad social*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 292-293; ALONSO OLEA-TORTUERO PLAZA: *Instituciones de seguridad social*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 205; BORRAJO DACRUZ: *La seguridad social en la Constitución española*, cit., pág. 1491.

La alusión al artículo 14 Const., de otra parte, ha dado ocasión al TCo para examinar, siempre a la luz del texto constitucional, diferencias de trato de muy diversa índole: en unos casos, diferencias derivadas de la exigencia legal de determinados requisitos para acceder a las prestaciones y subsidios de desempleo, algunos de ellos meramente formales, como la inscripción dentro de plazo, otros de contenido sustancial, como la exigencia de responsabilidades familiares; en otros, distinciones propiciadas por la existencia de normas reglamentarias que suponían un régimen especial para ciertos colectivos de desempleados (trabajadores agrícolas, trabajadores fijos discontinuos) o que limitaban su ámbito de aplicación a determinado ámbito geográfico (como el subsidio de desempleo agrícola).

El artículo 28.2 Const. ha sido invocado en menor número de ocasiones, pero también ha dado lugar a sentencias significativas. Tomando como parámetro el contenido esencial de ese derecho, la jurisprudencia constitucional ha debido dar respuesta a recursos de amparo en los que se ponía en cuestión la manera de tratar el tiempo de huelga legal por parte de las normas de desempleo, con vistas al devengo de prestaciones. Se cuestionaba en estos recursos, en concreto, la conformidad con el derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 Const. de aquellas reglas que, condicionando la protección por desempleo a la acreditación de una cotización mínima, no hacen salvedad alguna respecto de los días no cotizados a causa, precisamente, del seguimiento de una huelga.

2. *Principales aportaciones de la doctrina constitucional*

Sea a través de una u otra vía o, en algún caso, con motivo de la invocación de otros preceptos constitucionales, lo cierto es que a estas alturas los pronunciamientos del TCo en esta materia han dado lugar a un cuerpo de doctrina que, además de su interés intrínseco, puede servir para el mejor entendimiento y la buena aplicación de la normativa sobre protección de desempleo. Es verdad que algunos de los problemas examinados por esa jurisprudencia ya han desaparecido, toda vez que las reglas correspondientes, en más de un caso a consecuencia de la propia intervención del TCo, han experimentado cambios que han supuesto bien un mayor ajuste de la normativa a los principios constitucionales, bien la eliminación de algunos problemas que, con relevancia constitucional, cabía advertir en la relación entre ley y norma reglamentaria de desarrollo.

De cualquier modo, los criterios que emanan de esa jurisprudencia, como en general sucede con la doctrina constitucional, trascienden muchas veces los contornos del caso concreto. Por otra parte, aun siendo innegable que la

mayor utilidad de esa doctrina se encuentra, seguramente, en su contribución a la mejor comprensión e interpretación de las normas de desempleo, no cabe desconocer que su virtualidad puede traspasar esos estrechos límites. En efecto, al margen de sus consideraciones sobre la incidencia que en la protección por desempleo puede tener el principio constitucional de igualdad, o el contenido esencial del derecho de huelga, en muchas de esas sentencias se proporcionan criterios de más largo alcance.

En primer lugar, criterios que arrojan luz acerca de los caracteres y principios informadores del régimen público de seguridad social previsto en el artículo 41 Const., muchas veces recordando y reafirmando doctrina ya expuesta en anteriores sentencias. En segundo lugar, criterios sobre la posición y el valor de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento y sobre las funciones propias de la jurisdicción constitucional, en especial cuando actúa a instancia de un recurso de amparo.

En relación con este último punto revisten especial interés, por cierto, algunas sentencias del TCo en las que se perfila el papel que puede cumplir ese especial instrumento en la garantía de derechos fundamentales afectados por normas reglamentarias. Como veremos en su momento, ha entendido el TCo que el recurso de amparo puede ser medio de control de aquellos reglamentos que, apartándose de los principios contenidos en su ley de cabecera, entran en contradicción con alguno de los preceptos constitucionales encuadrados en la tabla de derechos fundamentales y libertades públicas o, particularmente, con el principio de igualdad y no discriminación.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y REQUISITOS DE LA PROTECCION POR DESEMPLEO

Como es regla general en las prestaciones de seguridad social, el acceso a la protección por desempleo se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos. Entre ellos, al menos por lo que se refiere a las expresamente denominadas «prestaciones de desempleo» —que conforman el «nivel contributivo» y constituyen sin duda la parte más relevante de ese mecanismo de protección—, ocupa un lugar central la exigencia de que el desempleado acredite un período mínimo de cotización antes de la situación de desempleo. Pero a ese primer requisito, que refleja, dicho sea de paso, la persistencia de los principios contributivos en el actual sistema de seguridad social, la ley exige otras condiciones. Vamos a ver a continuación cómo algunas de ellas se han cuestionado con argumentos que entroncan con el texto constitucional.

1. *El requisito de inscripción dentro de plazo*

Una de esas condiciones, que tiene carácter eminentemente formal y que ha perdido trascendencia con el paso del tiempo, es la inscripción del trabajador desempleado, dentro de plazo, en la oficina de empleo correspondiente (3). Según el artículo 21.c) de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE), y los artículos 7.1.c) y 31 y sigs. de su reglamento de desarrollo (RD 920/1981, de 24 de abril), la inscripción había de efectuarse dentro de un plazo de quince días a partir de la situación legal de desempleo.

Dentro de ese mismo término también había de presentarse la pertinente solicitud de prestaciones; había, pues, un único plazo para inscripción y solicitud. Pero la aplicación de esta regla seguía un régimen distinto en un caso y en otro, según jurisprudencia reiterada: mientras que el período de quince días concedido para la inscripción como desempleado en la oficina de empleo jugaba como plazo de caducidad a efectos del devengo de prestaciones, de modo que su transcurso suponía la pérdida del derecho mismo, el retraso en la solicitud de prestaciones tan sólo tenía como consecuencia la pérdida de la parte de la prestación correspondiente al tiempo transcurrido más allá de aquel período marcado por la ley.

Los efectos que inicialmente se concedieron al transcurso del plazo de inscripción fueron modificados, no obstante, con la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (LPD), y el RD 625/1985, de 2 de abril (RPD). Una de las novedades de esta nueva normativa fue, ciertamente, la unificación del régimen aplicable al plazo de inscripción y al de solicitud de prestaciones, de tal manera que el retraso, tanto en la inscripción como en la solicitud de las prestaciones, solamente suponía la pérdida de la prestación por los días en que el plazo se hubiera sobrepasado. A partir de la LPD, de otro lado, la solicitud de prestaciones hacía las veces de inscripción automática del solicitante, para el caso de que no se hubiera efectuado anteriormente (artículos 7 LPD y 5 RPD). Este cambio vino a favorecer, sin duda, la percepción efectiva de las prestaciones de desempleo (4).

La incidencia de la LPD creó, no obstante, una importante diferencia de trato entre los desempleados, en función de que el hecho causante de su situación estuviese comprendido bajo el campo de aplicación de una u otra

(3) Sobre este requisito especial y, en general, sobre los requisitos necesarios para causar derecho a prestaciones y subsidios de desempleo, ALONSO OLEA-TORTUERO PLAZA: *Instituciones de seguridad social*, cit., págs. 216 y 237.

(4) Las razones del cambio normativo propiciado por la LPD, y sus innovaciones respecto de la anterior regulación, en A. V. SEMPERE NAVARRO: «Nueva regulación del desempleo: la Ley 31/1984 y su reglamento», *Documentación Laboral*, núm. 15, 1985.

norma. Esa diferencia provocó que en algún caso se discutiera no sólo la legalidad de aquellos efectos de caducidad, sino también la desigualdad producida tras esa modificación del régimen jurídico del desempleo. Como muestra de esa litigiosidad, la sentencia TCo 119/1987, de 9 de julio (BOE 29 de julio), hubo de enfrentarse a un recurso en el que se suscitaban precisamente esas cuestiones.

Los argumentos esgrimidos por el recurrente en ese recurso de amparo eran variados. Básicamente se invocaba el principio de igualdad, con una doble fundamentación. Se aducía, de un lado, que quien sufría la denegación de prestaciones por ese motivo era tratado desigualmente respecto de quienes, con una cotización de igual duración, podían devengar, sin embargo, las prestaciones que en aquel primer caso se negaban. Y se añadía, de otra parte, que, una vez que tal requisito fue suprimido por la LPD, se trataba desigualmente a quienes caían en el ámbito de aplicación de aquella ley respecto de quienes lo hacían bajo el ámbito de la nueva normativa.

Junto a esa argumentación central, se hacían en ese recurso de amparo otras muchas consideraciones, que se centraban, en definitiva, en la ilegalidad del requisito de inscripción dentro de plazo, ya que no se recogía expresamente en la LBE; en su contradicción con el artículo 41 Const., que, como se sabe, encarga a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público que proporcione prestaciones y asistencia social suficiente para situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo; y, por último, en la supuesta violación del artículo 24.1 Const., por falta de motivación y claridad en la sentencia del TCT que había confirmado la resolución del INEM.

Todos estos argumentos fueron rechazados por aquella sentencia constitucional. El TCo declaró, por de pronto, que la resolución judicial impugnada era clara y motivada, sin perjuicio de que su fundamentación y sentido no fuesen compartidos por el recurrente, y en el bien entendido de que ese órgano no puede revisar la interpretación de la legislación ordinaria efectuada por los jueces competentes en el orden correspondiente, salvo que se encontrara lesión de derechos fundamentales; aparte de que aquella era la línea interpretativa defendida reiteradamente por el TCT. En cualquier caso, el mayor interés de esta sentencia se halla en sus consideraciones acerca de la supuesta lesión del principio de igualdad de trato.

Para el TCo no hubo tal vulneración. Desde luego, no podía advertirse discriminación entre quienes accedieron a la prestación de desempleo por haber cumplido todos los requisitos exigidos por la ley, entre ellos el de inscripción dentro de plazo, y quienes, en cambio, vieron rechazada su solicitud precisamente por el incumplimiento de dicho plazo y la entrada en acción de sus efectos de caducidad. Con independencia de que en un caso

hay cumplimiento de la ley y en otro no, lo cual lógicamente tiene trascendencia para la satisfacción de los derechos legalmente reconocidos. Es claro, pues, que no se trata de supuestos iguales entre los que quepa pedir un trato igual.

Tampoco puede advertirse discriminación entre quienes quedaron sujetos a la anterior legislación, más restrictiva, y quienes quedaron afectados por el ámbito de aplicación de la LPD. El TCo recuerda a estos efectos su doctrina sobre la desigualdad de trato derivada de cambios normativos, ya enunciada en otras sentencias (5), según la cual el artículo 14 Const. «no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo»; no exige ese precepto que todas las situaciones, con independencia del momento en que se produzcan, reciban igual trato por parte de la ley, porque con ello se incidiría en el ámbito de competencias del legislador y en la evolución natural y necesaria del ordenamiento jurídico. En suma, la diferencia proveniente de cambios normativos, y por una mera diferencia de fechas en los respectivos hechos causantes, no es contraria al artículo 14 Const.; criterio que, ciertamente, ya se había defendido en ocasiones anteriores, también referidas a la prestación por desempleo (6).

Puesto que guarda algún tipo de relación con este tipo de problemas, conviene reseñar que el TCo ha declarado en alguna ocasión que, sin perjuicio de la validez de los requisitos formales exigidos por la ley, a los jueces les está vedada, desde el punto de vista constitucional, por incidencia del artículo 24.1 Const., una interpretación y aplicación de los mismos que lleve a exigencias absurdas y de imposible cumplimiento. Ha declarado, en particular, que en el supuesto de que la solicitud de prestaciones solamente pueda hacerse tras una resolución administrativa que verifique o comunique la situación de desempleo, el cómputo de los plazos legalmente establecidos debe iniciarse

(5) Cfr. TCo 19/1982, de 5 de mayo, y 70/1983, de 26 de julio. Sobre los criterios defendidos en cada una de ellas, y el cambio de doctrina que probablemente supuso la segunda respecto de la primera, M. ALONSO OLEA: «Jurisprudencia constitucional en torno a la compatibilidad de pensiones», en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, MTSS, 1985, págs. 259 y sigs., y J. CRUZ VILLALÓN: *Reforma de la seguridad social y derecho transitorio*, en la misma obra, págs. 392 y sigs.

(6) Sobre estas mismas cuestiones, o similares, se han pronunciado otras decisiones del TCo. En los autos de 1 de febrero de 1988 (R. A. 1070/1987), 26 de septiembre de 1988 (R. A. 123/1988) y 8 de abril de 1988 (R. A. 116/1988) se reitera que la denegación de prestaciones de desempleo no puede considerarse sanción, sino mera consecuencia del incumplimiento de requisitos legales; y que esa decisión, fundada en la falta de inscripción en la oficina de empleo, no es lesiva del artículo 14 Const.

desde que el interesado hubiera podido tener conocimiento efectivo de dicha resolución (7).

2. *La exigencia de responsabilidades familiares*

La legislación que se ha ocupado de la protección por desempleo ha exigido tradicionalmente que en ciertos casos el desempleado tenga a su cargo responsabilidades familiares como condición para acceder a la protección por desempleo. Según la regulación actual, se exige esa circunstancia, concretamente, para poder devengar algunas modalidades de subsidio de desempleo (artículo 13 LPD) y, como caso particular, para el mantenimiento de la prestación cuando el titular se encuentre realizando el servicio militar o prestación social sustitutoria y no disfrute de renta familiar cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional (artículo 10.1.c LPD).

La regla legal según la cual es exigible la concurrencia de responsabilidades familiares en el afectado por desempleo ha planteado diversos problemas. En primer lugar a la hora de definir ese concepto; después, en el momento de su aplicación al caso concreto. De ahí que la propia norma haya optado en ocasiones por dar una definición y haya intentado, asimismo, delimitar *a priori* las hipótesis en que podría ser aplicada. Esta tarea vino asumida en un primer momento por el artículo 18 RPD, en cuyo número 4, que ahora interesa resaltar, se dispone que «cuando las cargas familiares hayan sido tenidas en cuenta para reconocer el subsidio a uno de los miembros de la unidad familiar, no podrá ser alegada dicha circunstancia para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma».

Como puede apreciarse, este precepto reglamentario supone una restricción adicional a la exigencia de responsabilidades familiares. De ahí que haya sido objeto de litigiosidad. Hasta el punto de que en alguna ocasión ha provocado la interposición de demanda de amparo ante el TCo, si bien, a diferencia de otros recursos relacionados con la protección por desempleo,

(7) Vid. sentencia TCo 262/1988, de 22 de diciembre (BOE 23 enero 1989). En ella se examina la queja de una trabajadora española que tras quedar en desempleo en Alemania solicitó prestaciones ante el INEM, al amparo del Convenio bilateral suscrito por España con dicho país, en el que se exige la presentación de la correspondiente solicitud dentro del plazo de quince días desde la preceptiva «autorización de regreso», cuya emisión corresponde a la agencia de empleo del territorio en el que se han prestado servicios. La desempleada presentó la solicitud dentro del plazo de quince días contados desde que tuvo conocimiento de la citada autorización, pero le fue denegada (por resolución del INEM, confirmada posteriormente por el TCT) por haber transcurrido más de quince días desde su emisión. El TCo estimó el recurso, considerando que el TCT había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por exigir a la demandante, para la satisfacción de su derecho, una conducta de imposible cumplimiento.

no ha logrado traspasar la fase de inadmisión. El alcance de aquel precepto fue cuestionado, en concreto, mediante algún recurso de amparo en el que se ponía en duda su conformidad con el constitucional, en especial con el artículo 14 Const. Con ello se atacaba, precisamente, la imposibilidad de amparar una nueva solicitud de subsidio de desempleo en la existencia de cargas familiares anteriormente alegadas por otro miembro de la unidad familiar; imposibilidad que, de otra parte, no venía expresamente prevista en la inicial redacción de la ley, lo cual, como veremos, también dio lugar a otros litigios.

El TCo, sin embargo, puso fin a esta queja mediante auto de inadmisión (8), descartando así la inconstitucionalidad que se había imputado a la citada previsión reglamentaria. Estimó el TCo, por contra, que aquellas restricciones, y las diferencias de trato que de ellas se derivaban, no eran arbitrarias ni irrazonables, y que, en consecuencia, no podían entenderse contrarias al principio de igualdad y no discriminación enunciado en el artículo 14 Const. Esta solución, de todas formas, no parece afrontar el problema en toda su extensión, y la prueba es que quejas similares han seguido apareciendo con posterioridad, si bien ante la jurisdicción ordinaria (9).

Tampoco estimó pertinente el TCo examinar la posible desviación del artículo 18.4 RPD respecto del artículo 13 LPD, y la trascendencia que ello podría significar desde el punto de vista constitucional. Quizá fuese debido, al menos en parte, a la formulación y los contornos del correspondiente

(8) Vid. recurso de amparo núm. 1453/1987, resuelto por auto de 16 de marzo de 1987.

(9) La jurisdicción ordinaria, en efecto, ha debido examinar la conformidad del artículo 18.4 RPD con el artículo 13.3 LPD. Pero esas quejas no han obtenido respuesta positiva por parte del TS, que ha tratado de encontrar una interpretación armonizadora de una y otra regla. Ha rechazado, en consecuencia, «una interpretación excesivamente literalista y contraria a la ley», buscando un entendimiento del precepto reglamentario objeto de impugnación «en relación con su contexto, antecedentes legislativos y realidad social», en el sentido de que su alusión a las cargas familiares ha de restringirse a las que resulten «estrictamente necesarias o indispensables para el reconocimiento del derecho a uno de los miembros de la unidad familiar», de tal modo que las que no encajasen en esa estricta necesidad podrían ser utilizadas en una posterior solicitud de reconocimiento del subsidio «en favor de otro miembro» de la misma familia (TS 30 de marzo de 1992, Ar. 1890; y 28 de septiembre de 1992, A. 6817). De todas formas, no era ésa la única interpretación posible, y por ello, para evitar el riesgo de que el artículo 18.4 RPD fuese declarado ilegal por contradicción con el artículo 13.3 LPD, la formulación de este precepto legal —tras pasar a numerarse como artículo 13.4 con el RDL 3/1989— fue modificada mediante la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que añadió un nuevo párrafo en el que vino a recogerse, prácticamente, el contenido del artículo 18.4 RPD. De esa manera el legislador, en una operación normativa que ha de calificarse, cuando menos, de curiosa, asumió el tenor de una norma reglamentaria que en teoría debía entenderse como un complemento y desarrollo de la ley.

recurso de amparo, aunque también pudo influir, sin duda, el hecho de que aún no había madurado en el seno del TCo la doctrina, defendida en resoluciones posteriores, con arreglo a la cual la norma reglamentaria que crea desigualdades no previstas por la correspondiente ley de cabecera puede ser declarada inconstitucional por lesión del principio de igualdad. Más adelante tendremos ocasión de examinar esa doctrina con más detalle.

La definición de responsabilidades familiares recogida en la normativa de desempleo también ha sido objeto de impugnación por otras razones. En ciertos recursos de amparo, en efecto, se ha cuestionado la conformidad de esa regla con el artículo 14 Const. (10), si bien en estas ocasiones la controversia se ha centrado en la exclusiva utilización, dentro de aquella noción legal, del término «cónyuge», lo cual suponía dejar fuera del concepto de responsabilidades familiares a otras personas que, sin estar unidas por vínculos matrimoniales, pudieran mantener similar relación de convivencia con el desempleado.

Tampoco en estos casos estimó el TCo que existiera contradicción con el texto constitucional. En la resolución de estos recursos, que de momento no han llegado a traspasar el trámite de admisión (11), viene a decirse que del texto constitucional se deriva una especie de habilitación en favor del legislador que le permite establecer diferencias de régimen jurídico entre las personas unidas por el matrimonio y las simples uniones de hecho, toda vez que varía el supuesto de hecho al que unas y otras reglas van dirigidas. Como se recordará, argumentos de parecido tenor han sido utilizados con cierta frecuencia por el TCo respecto de otras prestaciones de seguridad social; concretamente, a propósito de los posibles beneficiarios de la pensión de viudedad (12).

III. LAS DIFERENCIAS DE REGIMEN JURIDICO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Las normas sobre desempleo han sido cuestionadas otras veces por trazar diferencias entre colectivos de la población desempleada, en unos casos en razón de su trabajo o de la modalidad de contrato y en otros en función de su lugar de residencia. Esta distinción, considerada irrazonable e injustificada por los interesados en más de un supuesto, ha dado lugar a reclamaciones jurisdiccionales que en ocasiones han llegado hasta el TCo.

(10) R A núms. 521/1987 y 1038/1987.

(11) Auto TCo 26 de septiembre de 1988.

(12) Vid. TCo 184/1990, de 15 de noviembre (BOE 3 diciembre), y otras posteriores.

1. *La protección de los trabajadores fijos del campo*

Uno de estos recursos de amparo ponía en cuestión la aplicación de moldes distintos a los trabajadores fijos del sector agrícola. Para comprender esta imputación en todos sus términos conviene recordar que el artículo 16.2 LBE previó la incorporación al sistema de protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo adscritos al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (REASS), iniciando así un proceso de progresiva extensión del ámbito subjetivo de aplicación de esas normas (13).

La norma reglamentaria encargada de dar efectividad a esa previsión legal fue el RD 1469/1981, de 19 de junio. En su preámbulo esta disposición hacía constar que a dichos trabajadores les sería de aplicación la protección establecida en la LBE «sin otras peculiaridades que las imprescindibles en orden a una inequívoca calificación de los potenciales beneficiarios, que permita obviar los riesgos de desviación inherentes a la fluidez de la ocupación agraria y mantener sus efectos dentro del ámbito personal de aplicación destinatario de la extensión legal». No resultaba fácil desentrañar a primera vista el alcance de este enrevesado párrafo, pero a la postre venía a advertir la inclusión de algunas condiciones especiales, aparte de las establecidas con carácter general, para el acceso a la protección por desempleo por parte de estos trabajadores.

El artículo 3 RD 1469/1981, en efecto, dispuso algunos requisitos adicionales. Entre ellos se encontraba la exigencia de que los trabajadores desempleados que solicitaran la prestación hubieran prestado servicios, al comenzar la situación de desempleo, al menos «durante los doce meses anteriores, en jornada completa». Esta regla fue precisamente la que motivó la impugnación en amparo, por considerarse contraria al artículo 14 Const. Se alegaba en su contra que significaba, en realidad, la necesidad de que el parado acreditara haber cotizado durante un período mínimo de doce meses, cuando para el resto de los desempleados —antes de la ampliación de doce meses llevada a cabo por la Ley 22/1992— tan sólo se exigía seis meses como período mínimo de cotización. Junto a esta supuesta discriminación, en el correspondiente recurso de amparo se invocaba también el artículo 41 Const.

El recurso de amparo, al igual que los últimamente citados, fue rechazado, no obstante, antes de que se traspasara la fase de admisión (14). Siguiendo

(13) Vid., sobre la progresiva ampliación del campo de aplicación de la protección por desempleo, C. VIQUEIRA PÉREZ: *La prestación de desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, págs. 72 y sigs. Sobre la incidencia de la LPD en este terreno, S. GONZÁLEZ ORTEGA: *La Ley 31/1984, de Protección por Desempleo: objeto de la protección y personas protegidas*, en AA. VV.: *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, Tecnos, 1985, págs. 218 y sigs.

(14) Auto TCo 460/1984, de 18 de julio.

un criterio que ya había expuesto en otras ocasiones, referido a la trascendencia constitucional de las diferencias de trato derivadas de la pertenencia a distinto régimen de seguridad social (15), y tomando como presupuesto de base su doctrina general sobre el principio de igualdad, el TCo consideró en ese supuesto que la existencia de reglas diversas para trabajos que revisten distintos caracteres y que se prestan en circunstancias diferentes no es contraria al principio de igualdad y no discriminación; por lo demás, tuvo ocasión de declarar, una vez más, que el artículo 41 Const. no es susceptible de protección a través del recurso de amparo.

2. *Los límites territoriales del subsidio de desempleo agrícola*

Las medidas incorporadas por el RD 1469/1981 supusieron, pese a esas salvedades, una aproximación importante de los trabajadores del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social (REASS) al resto de trabajadores por cuenta ajena en materia de protección por desempleo. Pero no acabó con la diferencia que tradicionalmente ha existido para los trabajadores de carácter eventual pertenecientes también a ese Régimen Especial, para los cuales, tras la desaparición del antiguo sistema de «empleo comunitario», prevista ya en la disposición adicional primera LBE, se ha creado un régimen especial de subsidios de desempleo, regulado en la actualidad, tras varias reformas, por RD 1387/1990, de 8 de noviembre (16).

Una de las principales características de este sistema especial es la restricción de su campo de aplicación, al menos de momento, a las Comunidades Autónomas «donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y donde el número de éstos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias» (17). En concreto, y en virtud de

(15) Vid. autos TCo de 9 de noviembre de 1987 (R. A. 1039/1987), 21 de diciembre de 1987 (R. A. 1014/1987) y 23 de febrero de 1988 (R. A. 85/1988).

(16) Vid. J. GARCÍA MURCIA: «Los programas de empleo comunitario en España: evolución normativa y conexión con los trabajos de colaboración temporal», en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, MTSS, 1985, págs. 59 y sigs., y «La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo», *Temas Laborales*, núm. 8, 1986, págs. 56 y sigs. También, dentro de un análisis más general de la regulación del trabajo agrícola, F. CAVAS MARTÍNEZ: «La regulación del trabajo agrícola en el proceso de emergencia, formación y desarrollo del Derecho del Trabajo» (II), *REDT (Civitas)*, núm. 54, 1992, págs. 542 y sigs.

(17) El artículo 1 RD 3237/1983, de 28 de diciembre, con el que se inició esta nueva forma de protección, dispuso que el sistema de subsidio de desempleo para trabajadores eventuales inscritos en REASS «se aplicará en aquellas Comunidades Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y donde el número de

estos criterios, la aplicación del subsidio de desempleo agrícola se ha limitado desde su creación a las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura.

En esta limitación territorial se ha visto en ocasiones una contradicción con el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 Const. La sentencia TCo 90/1989, de 11 de mayo, hubo de dar respuesta, precisamente, a un recurso de amparo en el que se planteaba ese problema. Quien aparecía como recurrente en el correspondiente supuesto de hecho había prestado servicios en calidad de peón agrícola de carácter eventual para el Ayuntamiento de Murcia durante 105 días, al cabo de los cuales, tras quedar en situación de desempleo, solicitó prestaciones de desempleo o, en su defecto, el subsidio especialmente previsto para los trabajadores agrícolas. Dicha solicitud fue denegada en todas sus peticiones, la primera porque el solicitante no tenía la condición de trabajador fijo y no podía devengar, en consecuencia, prestaciones de desempleo; y la segunda porque no cumplía los requisitos reglamentarios para obtener subsidios con cargo al régimen especial, ya que no residía en ninguna de aquellas Comunidades Autónomas.

Esta resolución administrativa fue revocada por sentencia de Magistratura de Trabajo, que consideró que dichas reglas eran contrarias a los artículos 9 y 14 Const., desde dos puntos de vista: porque suponían una diferencia de trato injustificada y porque la Comunidad Autónoma de Murcia, en la que residía el solicitante del subsidio, debía ser incluida en su ámbito de aplicación según aquellos criterios. Esta resolución judicial, no obstante, fue revocada a su vez por la sentencia TCT de 5 de mayo de 1987, que ratificó los criterios aplicados por el INEM, con expreso rechazo de las alegaciones de discriminación, habida cuenta que la diferencia de trato entre unas regiones y otras no tenía otro objeto que «remediar una situación estacional de paro más acusada en determinadas zonas de la geografía nacional», dentro de la política estatal de empleo dirigida a la corrección de los desequilibrios económicos entre las zonas del territorio nacional.

Contra esta segunda sentencia se interpuso directamente recurso de amparo, con invocación de los artículos 14 y 19 Const. Se aducía en dicho recurso, como argumento central, que no existe justificación racional alguna para la diferencia de trato de trabajadores agrícolas eventuales en paro que, encontrán-

éstos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias»; a esta primera indicación se añadía que «el Gobierno, teniendo en cuenta los criterios anteriormente señalados, determinará el ámbito de aplicación territorial del subsidio». Esta regla, así como la limitación a las Comunidades de Andalucía y Extremadura, se ha mantenido con igual formulación en las normas posteriores: RD 2298/1984, de 26 de diciembre, y RD 2405/1985, de 27 de diciembre, aplicables en el momento del citado recurso de amparo, y RD 1387/1990, de 8 de noviembre, vigente en la actualidad.

dose en idéntica situación, residan en Comunidades distintas; la diferencia en el lugar de residencia, venía a decirse, no es motivo de suficiente peso para establecer diferencias de trato entre situaciones material o sustancialmente iguales. A ello se añadía —retomando los argumentos de Magistratura de Trabajo— que, en cualquier caso, la Comunidad Autónoma de Murcia tenía que haber sido incluida entre las beneficiarias del subsidio, toda vez que se trataba de una zona eminentemente agrícola en la que los trabajadores del campo ocupaban, respecto del censo de población trabajadora, un porcentaje (21,90 por 100) superior a la media nacional. Por lo demás, también se entendía vulnerado el artículo 19 Const., en la medida en que la diferencia de protección en razón únicamente del lugar de residencia suponía un obstáculo ilegítimo a la libre elección de residencia.

La argumentación del TCo, desestimatoria del recurso, discurrió por tres vías. La sentencia 90/1989 declaró, en primer lugar, que el criterio diferenciador utilizado por la norma reglamentaria no es irrazonable. Ciertamente, las situaciones de necesidad que surgen del desempleo puede que sean comunes a todos los parados, pero «su remedio o agravación pueden verse afectados por el contexto territorial en el que se produzcan», toda vez que en aquellas zonas en las que el paro es extenso y continuo las dificultades de encontrar un nuevo empleo son mayores sin duda. De ahí que «en una situación de limitación de los medios disponibles» sea legítimo dar protección prioritaria a las zonas especialmente desfavorecidas o con menores posibilidades de encontrar empleo. A tales efectos el TCo recurre, como argumento adicional, a los artículos 138.1 y 158.2 Const., preceptos de los que entiende que se deriva la legitimidad de una política dirigida a la corrección de los desequilibrios interterritoriales dentro del Estado. Tampoco advirtió lesión el TCo del derecho a la libre elección de residencia, con argumentos que posteriormente comentaremos.

A continuación, la sentencia 90/1989 examinó la tacha de discriminación que el recurrente había suscitado respecto de la aplicación que el gobierno venía dando a los criterios de delimitación del campo de aplicación del subsidio de desempleo. Consideró el TCo, a tales efectos, que la existencia de un índice de paro estacional entre trabajadores agrícolas de carácter eventual superior a la media nacional —condición que cumplía la Comunidad de Murcia— no era suficiente para la aplicación del subsidio, ya que el Gobierno quedaba habilitado, en virtud del segundo de los criterios, para limitarlo a las Comunidades en las que el número de tales trabajadores «sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias»; habilitación razonable a juicio del TCo, no sólo por dar la posibilidad de adoptar medidas especiales para subvenir a situaciones graves de paro, sino también porque la limitación

de los medios disponibles puede aconsejar su concentración en determinadas zonas, para que la protección sea efectiva.

La decisión del TCo, formalmente correcta, no acaba, sin embargo, con las dudas que se han venido suscitando acerca de las limitaciones territoriales del subsidio de desempleo agrícola, limitaciones que aún se mantienen, pese al largo período transcurrido desde su implantación —a estas alturas, casi diez años—, pese a que expresamente se habían revestido de carácter coyuntural y pasajero, y pese a que en otras zonas también se vienen detectando algunos problemas de desempleo agrícola (18). Por otro lado, el tono de permanencia que por su propia inercia parecen haber adquirido esas restricciones no parece cuadrar a la perfección con algunos de los principios básicos de toda medida de seguridad social, cual es el de que la acción protectora ha de tener en cuenta ante todo la situación de necesidad individual, aunque se arbitre mediante mecanismos de dimensión colectiva (19).

3. *La protección de los trabajadores fijos discontinuos*

Hasta la reforma de la protección por desempleo que tuvo lugar en 1984 por medio de la LPD, uno de los colectivos de la población activa sobre el que se cernían diferencias de relieve era el formado por los trabajadores fijos pero de carácter periódico y discontinuo. La regulación que arranca de la LPD supuso un mayor acercamiento de estos trabajadores a los de carácter continuo u ordinario, especialmente al considerar que la situación de desempleo emergía tanto a la conclusión del contrato como a la interrupción de «la

(18) Una buena prueba de ello puede encontrarse en la tendencia normativa que parece detectarse últimamente a favor de una ampliación, siquiera sea de manera indirecta, del ámbito de aplicación de las medidas de protección del desempleo agrícola. Así, la disposición adicional sexta del RD 1387/1990, a la vez que dispuso la creación de «consejos comarcales» del INEM en las Comunidades Autónomas incluidas de momento en el ámbito de aplicación del subsidio de empleo agrícola, como órganos de participación institucional con funciones de propuesta y seguimiento en materia de política de empleo y protección del desempleo en el campo, previó la constitución de dichos «consejos» en aquellas otras Comunidades «en las que se desarrollen planes especiales de empleo específicamente dirigidos a las zonas rurales». En virtud de esa previsión, la OM de 17 de enero de 1991 creó consejos comarcales en zonas rurales deprimidas de Castilla-La Mancha, Castilla y León, Región de Murcia y Comunidad Valenciana. No cabe duda de que estos órganos pueden actuar, entre otras funciones, como primer cauce para la introducción en estas zonas de medidas especiales de protección del desempleo agrícola.

(19) Vid. TORTUERO PLAZA: *El subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad*, en M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VII (1989), Madrid, Civitas, 1990, págs. 267 y sigs. En general, sobre las características del sistema de seguridad social, ALONSO OLEA-TORTUERO PLAZA: *Instituciones de seguridad social*, cit., págs. 18 y sigs.

actividad intermitente o de temporada de la empresa» (artículo 1.5 RPD) (20).

La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos mantuvo, sin embargo, algunas diferencias aun después de esa reforma, bien es verdad que no siempre causadas por la ley. No puede olvidarse, en efecto, que algunas diferencias de trato se derivan de la propia «naturaleza de las cosas»; nos referimos, en concreto, a la inevitable repercusión de las características de ese trabajo en la acreditación de la cotización mínima que da derecho a las prestaciones de desempleo, cotización que para estos trabajadores resulta, como es fácil de comprender, más costosa que para el resto, precisamente por la discontinuidad de la prestación de servicios.

Pero junto a esta diferencia de hecho cabía consignar aún alguna distinción dentro de la propia regulación del desempleo. La distinción aparecía en el artículo 8.3 RPD, según el cual los trabajadores fijos discontinuos con responsabilidades familiares que, tras agotar la prestación de carácter contributivo, siguieran en desempleo, tenían derecho a un subsidio de duración equivalente a los meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de solicitar el subsidio. A diferencia de las reglas generales enunciadas en los artículos 13.1.a) y 14.3 LPD, no se les reconocía, pues, derecho a subsidio durante un período de seis meses prorrogables hasta un total de dieciocho.

No debía extrañar, por tanto, que esta diferencia de régimen jurídico fuera impugnada en muchas ocasiones, y que en algunos casos la impugnación llegara ante el TCo a través de recurso de amparo. En un primer momento, dicho tribunal consideró que la citada diferencia no atentaba contra el principio constitucional de igualdad y no discriminación, fundándose para ello en que los trabajadores fijos discontinuos tienen características particulares que los diferencian de los restantes sujetos incluidos en la protección por desempleo, lo cual justifica que se les apliquen reglas distintas (21).

En esas primeras resoluciones aducía el TCo, más concretamente, que los trabajadores fijos discontinuos presentan, por las características de su trabajo, diferentes «niveles de aportaciones y de riesgos en lo que se refiere al desempleo». Por ello, teniendo en cuenta las disponibilidades financieras del sistema de protección por desempleo, no podía considerarse discriminatoria una distribución de los fondos existentes de acuerdo con esos factores, tarea que, por lo demás, quedaba comprendida en las facultades concedidas al poder reglamentario desde la LPD.

(20) Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, *La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas*, cit., pág. 240

(21) Vid. autos TCo 26 de octubre de 1987 (R. A. 1109/1987) y 26 de septiembre de 1988 (R. A. 15/1988).

Esta argumentación, ciertamente, no parecía demasiado convincente, sobre todo si se tiene en cuenta que el subsidio de desempleo trata ante todo, al menos en su concepción teórica, de atender situaciones de necesidad, con independencia de la aportación previa del desempleado. Quizá por ello fue abandonada en posteriores ocasiones. El cambio de doctrina vino representado por la sentencia 4/1991, de 14 de enero (BOE 13 de febrero); sentencia que, por cierto, apareció en un momento en el que el legislador ya había puesto en circulación una nueva versión de la LPD que en parte venía a consagrar, ahora con rango legal, aquellas diferencias inicialmente previstas en la norma reglamentaria (22).

El motivo más aparente del cambio de doctrina, según hizo ver el propio TCo, se encontraba en los criterios avanzados por la sentencia 209/1987 acerca de la posición que debía adoptar el TCo cuando, por medio de un recurso de amparo, debía enfrentarse a normas reglamentarias que, apartándose de lo dispuesto en su ley de cabecera, o bien daban lugar a diferencias de trato no requeridas por el legislador, o bien entrañaban lesión de alguno de los derechos fundamentales. Aunque más adelante volveremos sobre ella, conviene reseñar ahora que en dicha sentencia el TCo consideró, en síntesis, que era posible proceder al control de legalidad (bien es verdad que desde una perspectiva constitucional) de la norma reglamentaria, y declarar su nulidad, cuando la desviación respecto de lo establecido en la ley significara no sólo una contradicción con el texto legal de referencia, sino también un atentado a los principios constitucionales.

Partiendo de ese supuesto, la sentencia 4/1991 pasó al examen del artículo 8.3 RPD en relación con los preceptos de la LPD a los que venía a desarrollar, con un doble fin: en primer lugar, detectar si ese precepto reglamentario se acomodaba o no a la ley, y en segundo lugar, comprobar si la desviación, en su caso, era o no contraria al principio de igualdad y no discriminación, tal y como aducían los recurrentes. Pues bien, para el TCo la diferencia de régimen que consagraba el artículo 8.3 RPD no podía encontrar amparo en la LPD: no sólo se apartaba de lo dispuesto en los artículos

(22) La disposición adicional segunda RDL 3/1989 dispuso que la duración del subsidio de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos que accedieran al mismo en virtud de lo dispuesto en las letras *a*), *b*) y *d*) del artículo 13 LPD «será equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de la solicitud, sin que resulte aplicable la disminución de la duración prevista en la letra *c*) del número 3 del artículo 14 de la citada Ley». Se trasladó a esta norma de rango legal, así pues, lo establecido previamente por norma reglamentaria para prevenir posibles vicios de ésta. Esta operación, de la que ya hemos visto algún otro ejemplo, ha sido razonablemente criticada por la doctrina. Vid. J. L. TORTUERO PLAZA: «El desempleo asistencial de los trabajadores fijos discontinuos. Breve referencia a la desmedida utilización de las leyes de Presupuestos», *REDT*, núm. 54, 1992, pág. 635.

13 y 14 de esa ley, sino que, además, no era posible encontrar preceptos legales en los que pudiera encontrar fundamento un desarrollo reglamentario de aquel tenor.

Profundizando un poco más, el TCo rechazó todas y cada una de las alegaciones del abogado del Estado, que pretendían buscar algún acomodo, dentro de la LPD, para aquella norma reglamentaria. Consideró el TCo que no podía servir a tales efectos ni el artículo 3.4 LPD, pues no se trataba de una ampliación de la cobertura del desempleo; ni el artículo 6.1.4 LPD, pues no se daban en este precepto criterios para fijar la situación legal de desempleo que permitieran diferencias; ni el artículo 14.4 LPD, que tan sólo autorizaba la modificación de la escala general sobre la cuantía del subsidio pero no la duración del mismo en casos particulares; ni, en fin, la disposición final primera, que tan sólo habilitaba para el desarrollo reglamentario de la Ley con el fin de posibilitar su aplicación. Por lo demás, no podía desconocerse, a juicio del TCo, que el artículo 1.5 RPD, de acuerdo con la LPD, tendía a la equiparación de los trabajadores fijos discontinuos con el resto de los trabajadores en materia de protección por desempleo.

También entendió el TCo, por otro lado, que en el enjuiciamiento de aquellas diferencias habían de tenerse en cuenta, aparte de esos argumentos de legalidad, los principios consagrados en el artículo 41 Const. En línea con declaraciones anteriores, recordó el TCo que dichos principios se dirigen a la creación de un régimen público de seguridad social superador del sistema contributivo; de tal modo que sus prestaciones no tienen por qué ser correspondientes y proporcionales a una cotización previa. Siendo así, no es admisible que el reglamento restrinja, sin fundamento legal expreso, la decisión del legislador de crear un sistema de subsidios de perfiles igualitarios.

4. Alcance personal del llamado subsidio de prejubilación

Una de las novedades de la LPD fue el establecimiento de lo que parte de la doctrina ha denominado comúnmente subsidio «de prejubilación» (23), esto es: de un subsidio de desempleo en favor de aquellos desempleados mayores de cincuenta y cinco años —edad reducida a cincuenta y dos años por RDL 3/1989— que estuvieran comprendidos en alguno de los supuestos que, según el artículo 13.1 LPD, dan derecho a subsidio de desempleo,

(23) El uso de esta terminología, no legal, en ALARCÓN CARACUEL-GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de seguridad social*, cit., pág. 312. Sobre el tránsito entre las situaciones de desempleo y jubilación, y sobre algunos problemas de aplicación de las condiciones que exige la norma, CASAS BAAMONDE: «Dos importantes sentencias en la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada», *Relaciones Laborales*, 1987-I, págs. 396 y sigs.

tuvieran o no responsabilidades familiares, siempre que acreditaran las siguientes condiciones: cotización por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral, y cumplimiento, en el momento de la solicitud, de todos los requisitos, a excepción de la edad, «para acceder a cualquier tipo de pensión por jubilación en el sistema de seguridad social» (artículo 13.2 LPD) (24).

A la hora de dar desarrollo a esta regla legal, el artículo 7.3 RPD dispuso que debía tratarse de trabajadores que cumplieran todos los requisitos, excepto la edad reglamentaria, para jubilarse «como trabajador por cuenta ajena en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social en los que se reconozca el derecho a la prestación o subsidio de desempleo». Esta norma reglamentaria suponía, pues, una evidente restricción del tenor de la norma legal de referencia, ya que exigía que la jubilación se obtuviese en un régimen de seguridad social que contase con protección por desempleo. De ahí que su aplicación, e incluso la regla misma, fueran impugnadas en diversas ocasiones, en algunos casos ante el TCo.

La sentencia 209/1987, de 22 de diciembre (BOE 8 enero 1988), se enfrentó al primero de estos recursos, interpuesto por el Defensor del Pueblo. En esta sentencia el TCo acogió en buena medida las quejas del recurrente. Fundamentalmente vino a decir, como base para sus posteriores consideraciones, que las disposiciones reglamentarias dictadas para la aplicación de las normas legales, aunque no tienen por qué reducirse a una simple reiteración del contenido de la ley, pues ello les quitaría su razón de ser, «no pueden establecer diferencias entre situaciones no diferenciadas por la ley, para negar a quienes se encuentran en alguna de ellas el derecho que la ley les concede».

Está claro, y así lo advirtió el TCo, que la exigencia reglamentaria de que la jubilación se obtuviera en un régimen de seguridad social con protección por desempleo constituía «una condición nueva», que no encontraba amparo en ninguno de los preceptos legales aducidos por los defensores de la norma (artículo 2.4 y 3.2 LPD), ni siquiera en la habilitación genérica dada al gobierno en la disposición final primera LPD. Reconocía el TCo que, en

(24) La disposición transitoria segunda LPD dispuso que las prestaciones asistenciales reconocidas en esa ley se podrían reconocer a trabajadores mayores de cincuenta y cinco años (edad entonces vigente) registrados como demandantes de empleo con fecha 1 de noviembre de 1983. A tal efecto, la disposición transitoria 2.ª RPD dispuso que dichos trabajadores debían estar inscritos sin interrupción desde la fecha de desempleo hasta el momento de la solicitud. El TCT entendió reiteradamente que la inscripción debía ser ininterrumpida, lo cual dio lugar a diversos problemas de aplicación. La sentencia TCo 25/1987, de 26 de febrero (BOE 24 de marzo), hubo de enfrentarse a un recurso de amparo en el que se aducía lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte del TCT, recurso que fue desestimado.

verdad, los trabajadores por cuenta ajena que hayan agotado la prestación de desempleo, y que estén en condiciones de acceder a esta modalidad de subsidio, se habrán de jubilar normalmente en un régimen de seguridad social con protección por desempleo, lo cual, en buena medida, restaba trascendencia a la norma reglamentaria. Pero esa constatación no impedía por completo los efectos diferenciadores del precepto ni era suficiente, sobre todo, para avalar su conformidad con el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Por ello, el TCo entendió que «en aquellos casos, probablemente no previstos, en que la aplicación de tal condición conduzca a la exclusión, ésta ha de considerarse ilícita por discriminatoria». El artículo 7.3 RPD quedaba así, prácticamente, sin virtualidad. La prueba de ello fue que en una sentencia posterior (TCo 78/1990, de 26 de abril, BOE 30 de mayo), que daba respuesta a un recurso en el que se planteaba una cuestión «sustancialmente idéntica», el TCo pasara a declarar directamente «la nulidad del artículo 7.3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril» (25).

Finalmente, la sentencia 69/1992, de 11 de mayo (BOE 29 de mayo), añadió que esta doctrina no podía limitarse «a los supuestos en los que se llegue al subsidio de prejubilación tras haber agotado la prestación contributiva por desempleo (artículo 13.1.a en relación con el artículo 13.2 LPD)»; aquellos pronunciamientos del TCo «van dirigidos a excluir la aplicación del inciso del artículo 7.3 del Real Decreto 625/1985 que limitaba injustificadamente las pensiones de jubilación contempladas en el artículo 13.2 de la Ley 31/1984» (26).

El panorama no quedaría descrito por completo si se hiciese omisión de la reforma legal llevada a cabo tras la sentencia 209/1987, seguramente a raíz

(25) Sentencia cuyo contenido fue aclarado por auto TCo 210/1990, de 18 de mayo. Por cierto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 26 de marzo de 1990 declaró ilegal ese precepto, junto a otros de RPD, siguiendo, básicamente, los argumentos utilizados por TCo 209/1987; el fallo, en lo que se refiere al precepto reglamentario en cuestión, fue ratificado por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991. Vid. MOMPALER CARRASCO-MORRO LÓPEZ-GARCÍA NINET: «Consideraciones doctrinales en torno a la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991», *Documentación Laboral*, núm. 35, 1991, págs. 85 y sigs.

(26) La sentencia TCo 69/1992, de 11 de mayo (BOE 29 de mayo), dio respuesta a un recurso de amparo contra resolución judicial en la que, aunque se daba aplicación a la doctrina de la sentencia TCo 209/1987 y, en consecuencia, se consideraba ampliable el subsidio de prejubilación a quienes reunieran las condiciones requeridas para obtener pensión de vejez a cargo del SOVI, se entendía que era necesario en todo caso el disfrute previo de prestación contributiva de desempleo. El TCo rechazó esta interpretación defendida por el TCT, haciendo constar que no era decisivo para la conclusión sentada en la sentencia 209/1987 en «cuál de los

de la misma y quizá, por decirlo de alguna manera, para «prevenir males mayores». El RDL 3/1989 reformó el artículo 13.2 LPD para exigir, como condición de acceso al subsidio de prejubilación, la de haber «cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral», requisito con el que, bien es verdad que de una forma más suave y soterrada que en el artículo 7.3 RPD, se volvía a conectar aquel subsidio a los regímenes de seguridad social que concedan protección por desempleo, dejando así abiertas dudas sobre su conformidad al artículo 14 Const. (27).

IV. REGLAS SOBRE COMPUTO DE COTIZACIONES Y GARANTIAS DEL DERECHO DE HUELGA

Como ya se dijo, la jurisprudencia constitucional ha debido examinar también la relación entre ciertas normas sobre la protección por desempleo con el derecho de huelga constitucionalmente reconocido; se ha ocupado, concretamente, de la acomodación con el artículo 28.2 Const. de aquellas reglas que, como reflejo de los principios contributivos que aún perviven en los sistemas de seguridad social, exigen la acreditación de una cotización mínima para acceder a las prestaciones de desempleo. La necesidad de poner en conexión estas previsiones con el artículo 28.2 Const. deriva del hecho de que el ejercicio del derecho de huelga tiene, como se sabe, ciertas consecuencias para la relación de seguridad social y, derivadamente, para la protección económica de las situaciones de desempleo.

1. *La repercusión de la huelga en la cotización mínima exigida por la ley*

La huelga supone, por lo que ahora interesa, la suspensión de la obligación de cotización, según dispone de manera expresa el artículo 6.3 DLRT (28). Esta regla, como es natural, repercute en el número de cuotas que el trabajador puede acreditar en el transcurso o conclusión de su relación laboral, y deja

supuestos del anterior artículo 13.1 LPD se encontraba el entonces demandante de amparo», sino «el atentado al artículo 14 CE que implicaba el inciso del artículo 7.3 del Real Decreto 625/1985, que exigía injustificadamente un requisito no previsto por la ley»; y recordando a tal efecto que «los pronunciamientos de este Tribunal van dirigidos a excluir la aplicación» de esa restricción reglamentaria declarada ilegal.

(27) Vid. M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VIII, pág. 209.

(28) Cfr. J. GARCÍA BLASCO: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, págs. 359 y sigs.

mostrar todas sus consecuencias en el momento de solicitar prestaciones a cargo del sistema de seguridad social. Por ejemplo, cuando se pretende acceder a las prestaciones por desempleo.

En tal caso, y como consecuencia de aquella previsión legal, el período de cotización que potencialmente podría reunir el interesado queda reducido en un número equivalente a las jornadas de huelga que hubiera realizado en el período de cómputo correspondiente. Dicha reducción puede tener en principio dos tipos de consecuencias. Por un lado, y seguramente se trata de la repercusión más frecuente, puede afectar a la duración y montante global de las futuras prestaciones, que se verán disminuidas en la proporción correspondiente. Pero también puede suceder, por otro lado, que el seguimiento de la huelga signifique no ya la reducción de esos conceptos, sino, más aún, la imposibilidad de acceder a la protección; tendrá lugar este excepcional efecto cuando, por razón del cese de la obligación de cotizar causado por la huelga, el trabajador en desempleo no llegue siquiera a cubrir el período de cotización mínima exigido por la ley.

Este último supuesto es el que se plantea, precisamente, en la sentencia 13/1984, de 3 de febrero (BOE 18 de febrero). El recurso de amparo había sido interpuesto, en efecto, por un trabajador que había quedado en desempleo tras prestar servicios al amparo de un contrato de trabajo de seis meses de duración, en el transcurso del cual, y durante un día tan sólo, había participado en huelga legal. Esa participación, dada la ajustada duración del contrato, le supuso la imposibilidad de acreditar los ciento ochenta días de cotización que, como mínimo, exigía la legislación entonces vigente (artículo 8.1 LPD y artículo 3.1 RPD).

La insuficiencia de cotización, motivada exclusivamente por la falta de un solo día, fue la única razón aducida por el INEM para denegar la prestación, en una decisión que posteriormente fue ratificada en sede judicial. El interesado, no obstante, interpuso recurso de amparo con el principal argumento de que tanto la inicial resolución administrativa como las judiciales que la confirmaron lesionaban el artículo 28.2 Const. y, en conexión con el mismo, el artículo 9.2. Const., toda vez que en realidad venían a suponer una prohibición de acudir a la huelga para los trabajadores contratados justamente para un período de seis meses, ya que un solo día sin cotización suponía un obstáculo insalvable para acceder a las prestaciones de desempleo. Solicitaba, en consecuencia, que el día de huelga legal fuese asimilado a día cotizado con vistas a la eventual petición de prestaciones por desempleo.

El TCo, sin embargo, desestimó esa pretensión, con argumentos de variado signo. La sentencia 13/1984 utilizó en primer lugar argumentos que podemos calificar de orden general. Por un lado se invocaba en ella lo que el TCo

parece considerar, al menos en esta ocasión, un principio general de la seguridad social: es regla frecuente en ese sistema la exigencia de cotizar durante algún tiempo para acceder a sus prestaciones; lo cual es visto por el TCo, asimismo, como «una manifestación de un fenómeno general en el mundo jurídico, en el que el tiempo aparece en muchas ocasiones como factor determinante para la adquisición de un derecho o para el cumplimiento de las condiciones necesarias para su válido ejercicio». La aplicación de esa regla llevaría, pues, a la confirmación de la resolución denegatoria de prestaciones, ya que no se había puesto en duda el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Esta argumentación, sin perjuicio de su corrección desde el punto de vista de la regulación vigente de desempleo, suscita alguna observación en el plano de la constitucionalidad, ya que, como el TCo ha dicho en otras ocasiones, y como veremos posteriormente, el artículo 41 Const. marca una tendencia hacia un sistema de seguridad social en el que se otorgue protección a las situaciones de necesidad, sin una estricta consideración de los principios contributivos. De cualquier modo, con ello da paso el TCo a una afirmación difícilmente rebatible: no es posible lograr a través del recurso de amparo una dulcificación del rigor legal, particularmente cuando los requisitos legales, como sucedía en este caso, son claros y tajantes. Menos aún, añade el TCo, cuando el rechazo de la solicitud no era consecuencia de una interpretación desviada de la norma, sino de una aplicación estricta de la misma; y cuando, según las normas generales de seguridad social (artículo 94.2 LSS), no cabe la asimilación del tiempo no cotizado por huelga a cotización efectiva.

Tras esa aproximación al problema, la sentencia 13/1984 pasa a examinar la alegada lesión del derecho de huelga. Para ello considera conveniente retrotraerse a consideraciones anteriores en las que se había resaltado la necesidad de que toda regulación de ese derecho respetara, como es propio de todo derecho fundamental, su contenido esencial (29). Respeto del contenido esencial no significa, sin embargo, que esté vedada toda repercusión de la huelga en la adquisición de derechos de seguridad social; la legitimidad de esos efectos dependerá estrechamente de su incidencia en aquel núcleo del derecho y, más concretamente, en la clase e intensidad de las limitaciones que impongan a su ejercicio.

A ese respecto no duda el TCo en reconocer que la suspensión de la obligación de cotizar, con su posible incidencia en el futuro devengo de prestaciones, actúa como límite del derecho de huelga. Pero se trata de un

(29) Sentencia TCo 11/1981, de 8 de abril. Vid. J. VIDA SORIA: *Planteamientos críticos generales*, en MATÍA-SALA-VALDÉS-VIDA: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 41.

límite de carácter mediato o indirecto. A la postre, continúa el TCo, la falta de cotización durante el tiempo de huelga, que a su vez deriva de la suspensión de la relación de trabajo, y de la paralización consiguiente en el pago de los salarios, es una consecuencia implícita a esa medida de conflicto; es, además, parte del sacrificio, medido en términos económicos, que va ligado al ejercicio de la huelga.

Por ello, la falta de asimilación de día de huelga a día cotizado, y la imposibilidad de computarlo con vistas a la adquisición de prestaciones de desempleo, no se estima inconstitucional cualesquiera que sean los efectos. No es más que un reflejo del denominado «principio de neutralidad del Estado» o de no interferencia en las relaciones colectivas, en el que también cobra amparo la regla según la cual durante la huelga no se pueden percibir prestaciones de desempleo ni de incapacidad laboral transitoria (30). No resultaría lógico, concluye el TCo, derivar hacia el Estado los efectos negativos de conductas que tienen lugar en las relaciones entre particulares y que se dirigen a la satisfacción de intereses privados.

En consecuencia, no se deriva del derecho de huelga, ni es consustancial al mismo, la necesidad de que los días de huelga legal sean tenidos por tiempo cotizado en el sistema de seguridad social. La cuestión que se plantea el TCo, tras esa afirmación, es si, aunque no sea exigible, es admisible otra opción normativa. Este interrogante, que resulta un tanto anómalo en el seno de aquella sentencia, pues en realidad no era necesario para la solución del recurso (31), merece una respuesta positiva de parte del TCo. A su parecer, tampoco sería contraria al texto constitucional una regla en la que se estableciese, por ejemplo, la obligación de cotizar en caso de huelga, o la asimilación del tiempo de huelga a tiempo cotizado.

Partiendo tal vez de esta declaración, y a la vista de las duras consecuencias a que había conducido un supuesto tan extremo como el que dio lugar a ese pronunciamiento del TCo, el RPD —aprobado en 1985— dispuso que para determinar el período mínimo de cotización de ciento ochenta días «se asimilarán a cotizaciones efectivamente realizadas el tiempo de cierre patronal o huelga legales» (artículo 3.3). De esa forma, aunque no se consideraba directamente como tiempo cotizado, quedaba cerrada la posibilidad de que la mera

(30) Sobre el uso en esta jurisprudencia constitucional del denominado «principio de neutralidad del Estado», criticándolo, G. DIÉGUEZ CUERVO: *Cómputo de los días de huelga legal para la determinación de las prestaciones de desempleo*, en ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo IX (1991), Madrid, Civitas, 1992, pág. 183.

(31) Cfr. M. ALONSO OLEA: *Efectos de la huelga legal. Supresión de cotizaciones y sus efectos sobre las prestaciones; en especial sobre las de desempleo*, en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo II (1984), Madrid, Civitas, 1985, pág. 35.

participación en huelga legal, o la afectación por cierre patronal, dieran lugar a situaciones de desprotección como la descrita (32).

2. *Incidencia de la huelga legal en el período de cotización computable*

Esa norma reglamentaria solucionó parte de los problemas que podían plantearse a propósito de la incidencia de la huelga en la cotización por desempleo. Pero con posterioridad se han advertido otros puntos de fricción entre la normativa de desempleo y el derecho de huelga. Ha sido necesario dilucidar, concretamente, cómo actúa el tiempo de huelga legal respecto de la regla que dispone que han de computarse las cuotas ingresadas en un determinado período —cuatro años anteriormente, seis en la actualidad— inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo o al cese de la obligación de cotizar (artículo 8.1 LPD). Es un problema que ha de resolverse para determinar no ya si se tiene o no derecho a prestación, sino, en caso afirmativo, cuál debe ser la duración de la misma.

El cómputo de la cotización puede encontrar dificultades cuando en el transcurso de ese período concurren situaciones que conllevan una suspensión de la obligación de cotizar o que suponen, en general, alguna incidencia en el devenir normal de las cotizaciones, como sucede, por ejemplo, en caso de huelga. A ese respecto, el artículo 3.5 RPD dispuso que el período computable «se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en alguna de las situaciones asimiladas al alta», con algunas excepciones (33). Los supuestos con trascendencia a estos efectos venían recogidos en el artículo 2.1 del propio RPD. Por el juego combinado de esos preceptos, aquella operación retroactiva había de producirse en caso de excedencia forzosa por elección para cargo público o sindical, cumplimiento de servicio militar o social sustitutorio y traslado o desplazamiento temporal por la empresa fuera del territorio nacional.

Entre estas situaciones no se incluía, pues, ni la huelga ni el cierre legales, y por ello el INEM venía considerando que no tenían incidencia alguna en el período de cómputo. De esa manera, el tiempo de huelga suponía en realidad una reducción del tiempo de cotización computable. Esta opción interpretativa, defendida mayoritariamente en los tribunales laborales, fue

(32) El plazo mínimo de cotización de ciento ochenta días ha sido ampliado a trescientos sesenta días por Ley 22/1992, de 30 de julio; la previsión del artículo 3.3 RPD habrá de ser aplicada ahora a este nuevo plazo.

(33) Vid. ALARCÓN CARACUEL-GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de seguridad social*, cit., pág. 296.

rechazada en ocasiones por los afectados. Uno de los argumentos utilizados para ello procedía del artículo 28.2 Const., habida cuenta que la reducción del período de cómputo de cotizaciones puede dar lugar a una prestación de desempleo de menor duración, siendo así que no caben más limitaciones y consecuencias negativas en el ejercicio del derecho de huelga que las expresamente previstas por la ley, entre las que se encuentra la suspensión del salario y la situación de alta especial en seguridad social, pero no aquella reducción.

Con estas alegaciones se quería poner de relieve la necesidad de buscar una interpretación de la ley más favorable al ejercicio de la huelga que la sostenida por el TCT en la sentencia impugnada. Tal propósito se podía conseguir por varios procedimientos: por un lado, atribuyendo carácter abierto y meramente enunciativo a la lista de situaciones del artículo 2.1 RPD, de tal modo que tuviesen encaje otros supuestos con identidad de razón; por otro, simplemente considerando la duración de la huelga legal como «tiempo neutro» a efectos de determinación del período computable, como una especie de período inexistente. Ambos procedimientos conducirían en verdad al mismo resultado: la retroacción en el tiempo del período computable, en un lapso equivalente a la duración de la huelga.

Esta segunda vía interpretativa había sido defendida ya por la sentencia TCT de 8 de mayo de 1987 (Ar. 9635), a propósito de la pensión de jubilación. Se decía en ella, primeramente, que «si bien de una estricta interpretación literal se podía llegar a las conclusiones que sostiene la entidad gestora», tal interpretación ha de realizarse, según dispone el artículo 3 CC, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. A lo cual se añadía que la estricta aplicación de la OM de 18 de enero de 1967 —con el tope consiguiente en el período computable— «iría en contra del espíritu que informa nuestra Constitución», pues de ella se derivaban «consecuencias desfavorables en el ejercicio de un derecho constitucional que no aparecen previstas en norma con rango de ley». Por todo ello, «considerar como tiempo neutro... el período en que el trabajador reclamante participó en una huelga legal, no puede entenderse... haya infringido el número 1 del artículo 5 de la citada Orden».

Estos argumentos fueron utilizados, concretamente, en el recurso de amparo que dio lugar a la sentencia TCo 48/1991, de 28 de febrero (BOE 27 marzo). En dicho recurso, además de la invocación del artículo 28.2 Const., amparada por las anteriores alegaciones, se alegaba la lesión del artículo 14 Const. en su dimensión de igualdad en la aplicación de la ley, precisamente porque la sentencia TCT que había puesto fin a la vía jurisdiccional previa

se apartaba de la que se había tomado como contraste, cuya doctrina se consideraba más correcta y respetuosa del derecho de huelga.

En su respuesta al recurso de amparo el TCo se ocupó en primer lugar de rechazar la supuesta desigualdad en la aplicación de la ley, por la sencilla razón de que la sentencia invocada como término de comparación se refería a un supuesto distinto: por un lado, solicitud de pensión de jubilación, no de prestaciones de desempleo; por otro, interpretación de una norma (OM 18 de enero de 1967) preconstitucional, anterior al reconocimiento del derecho de huelga, a diferencia de la normativa de protección por desempleo. Pero el rechazo de esta comparación fue acompañado por una práctica aceptación por parte del TCo de los argumentos de fondo proporcionados por la sentencia TCT de 8 de mayo de 1987.

En cualquier caso, para asumirlos plenamente y, en consecuencia, para dar respuesta positiva al recurso de amparo, el TCo estimó necesario marcar las diferencias con el supuesto de hecho analizado por su sentencia 13/1984, en la que, como vimos, se había desestimado la correspondiente pretensión. Esa tarea no era muy difícil. En aquella ocasión no estaba en juego la delimitación del período de cotización computable, sino la determinación de si el solicitante reunía o no el tiempo mínimo de cotización exigido por la ley, para lo cual era de todo punto imprescindible asimilar los días de huelga legal a días cotizados; se exigía, en definitiva, que el sistema de seguridad social se hiciera cargo de las cuotas correspondientes a esos días o aparentara que se habían ingresado, aunque en realidad no hubiera sido así.

El recurso que dio lugar a la sentencia 48/1991 presentaba, ciertamente, otras características. No estaba entre sus pretensiones que se computara como tiempo cotizado un período en el que no existía cotización, ni que se ingresaran las cuotas correspondientes, sino únicamente que se efectuara una interpretación de las normas reguladoras de la protección por desempleo más favorable al ejercicio del derecho reconocido en el artículo 28.2 Const., mediante la retroacción del período computable (34). Por lo demás, esta operación —a diferencia de la anterior, que implicaba una modificación normativa— sí entraba dentro de las posibilidades del TCo, pues tan sólo requería una nueva «lectura» de la norma.

Como hemos adelantado, la búsqueda de una opción interpretativa distinta de la defendida en las sentencias impugnadas venía facilitada por los argumentos que proporcionaba la sentencia TCT de 8 de mayo de 1987, aunque se hubiera dictado para un supuesto diferente. Los criterios defendidos en esa

(34) Desde una posición crítica, DIÉGUEZ CUERVO: *Cómputo de los días de huelga legal para la determinación de las prestaciones de desempleo*, cit., pág. 183.

resolución judicial tenían, realmente, virtualidad mas allá del caso concreto, toda vez que daban respuesta, bien es verdad que para una concreta contingencia, a un problema que se plantea con cierta frecuencia a la hora del cálculo de prestaciones de seguridad social, y no sólo de la que en aquel supuesto estaba en juego.

De cualquier modo, el TCo llegó a ser más explícito que esa resolución judicial, pues defendió directamente que la huelga legal podía entenderse como una más de las situaciones asimiladas al alta a efectos de desempleo contempladas en el artículo 2.1 RPD; dicho de otra forma, la lista de este precepto podía ser integrada con otros supuestos, «particularmente con aquellos que vienen impuestos por el respeto y tutela de los derechos protegidos por la Constitución». La integración podría comprender, concretamente, otros supuestos asimilados al alta a efectos de la acción protectora de la seguridad social, como era el caso de la huelga legal. De esta manera, además, habría mayor consideración hacia el artículo 28.2 Const., habida cuenta que para la huelga no habría más consecuencias negativas que las expresamente previstas en la ley.

Se habrá advertido ya que el TCo se limitó en este caso a la aplicación de lo que puede entenderse como un principio en la interpretación «desde la Constitución», suficientemente resaltado por la jurisprudencia constitucional: la normativa infraconstitucional ha de ser interpretada «en el sentido más favorable a los derechos fundamentales». De ahí que la interpretación defendida en la sentencia del TCT impugnada, aunque era una de las interpretaciones posibles, se entendiera lesiva del artículo 28.2 Const., puesto que había lugar para una interpretación más favorable a ese derecho, sobre todo una vez que la norma reglamentaria (artículo 3.5 RPD) había consagrado la regla de retroacción en el tiempo del período computable; regla que si era aplicable a situaciones en las que no estaba en juego derecho fundamental alguno (artículo 2.1 RPD), había de ser extendida, con más razón, a otros supuestos en los que se viesen implicados derechos de tal condición (35).

V. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU REFLEJO EN LA PROTECCION POR DESEMPLEO

Como ya dijimos, de las sentencias del TCo anteriormente reseñadas pueden extraerse también criterios cuyo interés trasciende los problemas específicos que se planteaban en los correspondientes recursos de amparo. Las

(35) Doctrina que se reitera en sentencias TCo 152 y 153/1991, de 8 de julio (BOE 9 de agosto).

consideraciones del TCo, en efecto, se han extendido a veces a materias conexas con la protección por desempleo (como los principios y caracteres del sistema de seguridad social), o a cuestiones que forman parte de lo que podría entenderse como teoría general de los derechos fundamentales, especialmente en lo que se refiere a su alcance y a su garantía a través de la jurisdicción constitucional.

1. *La dimensión asistencial de la seguridad social*

Parte de esas consideraciones adicionales se han referido, pues, al régimen público de seguridad social contemplado en el artículo 41 Const., así como a los mecanismos adecuados para asegurar su efectividad. En sentencias anteriores el TCo había tenido ya oportunidad de hacer referencia a los principios que deben informar el sistema de seguridad social a la luz de aquel precepto constitucional. En esos pronunciamientos se había declarado, en síntesis, que dicho precepto supone un avance sobre la concepción tradicional de la seguridad social, por cuanto, alejándose de los caracteres propios de los sistemas de tipo contributivo, destinados básicamente a la cobertura de determinadas contingencias, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, contempla un régimen público que garantice «asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo» (36).

El TCo vuelve a recordar estas nuevas características a la hora de interpretar el alcance de algunas normas sobre protección por desempleo, con ocasión de los recursos de amparo mencionados en los párrafos anteriores. El artículo 41 Const. —dice, por ejemplo, la sentencia 209/1987— trata de superar «concepciones anteriores a la seguridad social en las que primaba el principio contributivo y la cobertura del riesgo o contingencia»; a partir de ese precepto, en consecuencia, las prestaciones de seguridad social no deben contemplarse como «prestaciones correspondientes y proporcionales, en todo caso, a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados y resultantes de un acuerdo contractual», sino como prestaciones dirigidas a la protección de situaciones de necesidad. En parecidos términos se pronuncia la sentencia 4/1991, a la que también hicimos referencia en su momento.

(36) Vid. BORRAJO DACRUZ: *La seguridad social en la Constitución española*, cit., páginas 1494 y sigs.; J. GARCÍA MURCIA: «El derecho a la seguridad social en la jurisprudencia constitucional: una primera aproximación», en *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 1991, pág. 343, y GONZÁLEZ ORTEGA: *Los principios característicos del sistema de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en la misma obra, págs. 327 y sigs.

Estas consideraciones tratan de resaltar el carácter primordialmente asistencial del régimen público de seguridad social que aparece diseñado en el artículo 41 Const. De ahí que, en el contexto de la protección por desempleo, el TCo las utilice a la hora de interpretar el alcance que debe darse a los subsidios de desempleo, específicamente previstos para la cobertura de aquellas situaciones de paro que, por no acreditar los requisitos correspondientes, no pueden gozar de prestaciones contributivas (37). Y esencialmente las utiliza para preservar el esquema de protección trazado por la ley frente a limitaciones eventualmente introducidas por vía reglamentaria.

En ese sentido, de la jurisprudencia constitucional se puede extraer la conclusión básica de que cuando dicho subsidio reviste una determinada configuración en la ley, y se prevé como medio de protección de determinados supuestos, la norma reglamentaria no puede añadir reglas o condiciones que en realidad supongan restricción del diseño legal, porque de lo contrario se enfrentaría no sólo a lo dispuesto en la ley, sino al propio mandato que se desprende de aquel precepto constitucional. Dicho más claramente: cuando las normas legales, tratando de acomodar el sistema de seguridad social a esos nuevos principios, han establecido prestaciones de tipo asistencial, como el subsidio de desempleo, ni el desarrollo reglamentario de esas previsiones legales, ni la aplicación de las mismas, puede hacerse en menoscabo o con reducción de los derechos reconocidos por la ley, «ni en términos generales ni en los casos concretos».

Con ello se otorga un refuerzo indudable al subsidio de desempleo, y se preserva fuertemente su dimensión asistencial. De todas formas, esta línea jurisprudencial quizá deba ser matizada en el sentido de que la separación entre subsidio y prestación de desempleo, o entre prestaciones contributivas y asistenciales en definitiva, es en buena medida artificial dentro del actual sistema de protección, como la doctrina ha puesto de relieve reiteradamente. No sólo porque sean dos piezas de un mismo mecanismo, ni porque sus funciones, en consecuencia, estén estrechamente conectadas, sino también porque, como resultado de todo ello, el subsidio de desempleo en muchos casos tan sólo se concede si se acredita cotización previa, mostrando así un intenso componente contributivo (38).

(37) Vid. sentencias TCo 209/1987 y 4/1991.

(38) Vid. J. L. TORTUERO PLAZA: *Derecho al subsidio por desempleo de los mayores de 55 años*, en M. ALONSO OLEA: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo V (1987), Madrid, Civitas, 1988, pág. 413.

2. *La pervivencia de rasgos contributivos en el sistema de protección*

En cualquier caso, las consideraciones dedicadas a realzar la dimensión asistencial de la seguridad social no pueden oscurecer por completo, y así lo estima el TCo, la pervivencia de rasgos contributivos. Estos «restos» del sistema preconstitucional siguen siendo, incluso, predominantes en la actualidad, por mucho que su persistencia se estime transitoria. De ahí que no pueda evitarse su influencia, y que el TCo recuerde en muchas ocasiones que el compromiso que el artículo 41 Const. impone a los poderes públicos «no es siempre susceptible de una actualización inmediata y generalizada», como hace, por centrarnos en las cuestiones que ahora interesan, en la sentencia 209/1987.

Ciertamente, sería poco menos que imposible prescindir de esas características tradicionales con la simple entrada en vigor de una fórmula legal como la que recoge el artículo 41 Const., aunque sea de ese rango. Por ello, los mayores problemas interpretativos no se han de plantear acerca de su desaparición o pervivencia, sino más bien en torno a la delimitación de sus efectos y al alcance de su influencia. Y a ese respecto ha de decirse que la jurisprudencia no siempre se ha mostrado uniforme, quizá por la diversidad de situaciones que se le han presentado.

En ocasiones, ciertamente, el TCo ha intentado frenar la virtualidad de los rasgos precedentes de la seguridad social, dejando claro que en ningún caso pueden ser pretexto para una interpretación restrictiva de los derechos reconocidos en la ley. Ya hemos visto que ésa es la idea que subyace a las sentencias 209/1987 y 4/1991. Sin embargo, en otros supuestos, bien es verdad que con perfiles muy diferentes, se ha otorgado bastante relevancia a los rasgos contributivos que aún se mantienen en las normas de seguridad social. Así ha sucedido, por ejemplo, en la sentencia 13/1984.

La *ratio decidendi* de dicha sentencia se encuentra, en síntesis, en el carácter contributivo del sistema de seguridad social, de tal manera que siendo exigencia legal la acreditación de una cotización previa para acceder a las prestaciones, la denegación de las mismas por incumplimiento de esa condición no puede considerarse acto jurídicamente censurable. Pero además considera el TCo, como explicación de esa regla, que el establecimiento de condiciones de ese tipo constituye «una manifestación más de un fenómeno general en el mundo jurídico, en el que el tiempo aparece en muchas ocasiones como factor determinante para la adquisición de un derecho o para el cumplimiento de las condiciones necesarias para su válido ejercicio».

3. *Mecanismos de garantía y refuerzo de los derechos de seguridad social*

Uno de los mayores obstáculos con que tropieza la efectividad plena de los principios consagrados en el artículo 41 Const., al igual que todos aquellos que pertenecen a su mismo capítulo, es la imposibilidad de su alegación directa, sin intermediación legal, ante la jurisdicción (39). De ahí que el recurso a ese precepto para avalar determinadas posiciones suele ir acompañado de una búsqueda incesante de mecanismos jurídicos adecuados para su garantía. En esas indagaciones ha estado presente también el recurso de amparo, lo que ha dado lugar a que en diversas ocasiones se haya invocado el artículo 41 Const. para refrendar las pretensiones ejercitadas a través de ese instrumento jurisdiccional, normalmente al lado de otros preceptos constitucionales.

Lo dispuesto en este precepto constitucional, no obstante, no puede ser objeto de invocación directa mediante recurso de amparo; fundamentalmente, porque no se recoge entre los derechos fundamentales y libertades públicas, pero también porque no son del todo claros los perfiles del derecho a la seguridad social que parece deducirse del mismo. No ha de extrañar, por ello, que el TCo, y no sólo en demandas materialmente conectadas con la protección por desempleo, haya negado expresamente la posibilidad de su alegación en recurso de amparo (40).

Que se cierre esa posibilidad, sin embargo, no ha de llevar a la conclusión de que los preceptos constitucionales que forman parte de los principios rectores de la política económica y social carezcan por completo de virtualidad, ni tampoco que no existan mecanismos que puedan reforzar su presencia y coadyuvar a su efectivo cumplimiento. Uno de ellos es la proyección de su contenido sobre la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, exigida por el art. 53.3 Const.

Ciertamente, no se trata de un medio de protección equiparable a los previstos para los derechos fundamentales. Pero puede cumplir un importante papel en la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria, y así se advierte, por cierto, en alguna de las sentencias del TCo que se han ocupado de la protección por desempleo. En ese sentido se pronuncia, por ejemplo,

(39) En general, sobre el problema de las garantías de los derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Eficacia y garantías de los derechos fundamentales*, en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española*, cit., págs. 588 y sigs.

(40) Vid. sentencia TCo 119/1987, de 9 de julio, y autos TCo 460/1984, de 18 de julio, y 142/1985, de 27 de febrero.

la sentencia 209/1987, en la que, como ya vimos, el TCo tuvo la ocasión de reafirmar que la Ley 31/1984 «ha de ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución», con el fin de cerrar el paso a interpretaciones que implicaran restricción en el nivel de protección diseñado por el legislador.

VI. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA PROTECCION POR DESEMPLEO

Las sentencias que se vienen comentando también ofrecen consideraciones de interés sobre otros aspectos, fuera ya del marco estricto del sistema de seguridad social. Ocasionalmente se han pronunciado, por ejemplo, sobre el alcance de los derechos fundamentales y su influencia en la interpretación de la ley, sobre la relación del principio de igualdad con el ejercicio de la potestad reglamentaria, o sobre la protección que puede prestar el recurso de amparo, principalmente frente a normas reglamentarias lesivas o restrictivas de aquellos derechos.

1. *El criterio de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales*

Como se sabe, uno de los principios interpretativos más asentados y característicos de la jurisprudencia constitucional es el que propugna la interpretación más favorable a los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio interpretativo, la legislación ordinaria debe ser entendida y aplicada no sólo de una forma que sea conforme y no contradictoria con los derechos fundamentales, sino, más aún, de la manera que resulte más favorable para el ejercicio y plena virtualidad de estos derechos.

En principio, este criterio puede verse como manifestación específica de una de las funciones más importantes del texto constitucional: la de actuar como guía en la interpretación de las normas de rango inferior (41). Pero también supone un avance cualitativo sobre esa función genérica, que es llevada a su máxima expresión cuando están en juego derechos fundamentales. En efecto, de acuerdo con aquel criterio interpretativo no sólo se pide una interpretación conforme a la norma constitucional, sino la predilección de aquella interpretación, entre las posibles, que se muestre más favorable para el disfrute pleno del derecho en cuestión.

(41) Cfr. A. PÉREZ LUÑO: *La interpretación de la Constitución, en Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 279.

Alguna de las sentencias del TCo que se han comentado con anterioridad aplica expresamente este principio interpretativo. Se trata, concretamente, de la sentencia TCo 48/1991, en la que se recuerda que forma parte de la doctrina constitucional «el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales». Con este punto de partida, y con el fin concreto, en este caso, de favorecer al máximo el ejercicio del derecho de huelga, pudo el TCo llegar a la conclusión de que el cómputo de cotizaciones para devengar prestaciones de desempleo no puede verse reducido o menoscabado por haber participado en huelga legal el trabajador desempleado (42).

Aunque no con tanta rotundidad, consideraciones parecidas pueden encontrarse en la sentencia TCo 262/1988, esta vez referidas a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la solicitud de prestaciones de desempleo. En esta resolución el TCo descarta la opción interpretativa escogida por la jurisdicción ordinaria —que conducía a la desestimación de la demanda— por la razón fundamental de que había conducido «a consecuencias contrarias a una correcta comprensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

2. *Igualdad de trato y libre elección de residencia*

Un análisis retrospectivo del recurso de amparo, y un balance de la jurisprudencia constitucional emitida hasta el momento, llevaría a la conclusión, muy probablemente, de que el artículo 14 Const. es el precepto constitucional invocado en mayor número de ocasiones. Así lo hemos podido comprobar, sin ir más lejos, en las sentencias dictadas acerca de la protección por desempleo. No puede extrañar por ello que la invocación del principio de igualdad presente variadas formas y manifestaciones, ni tampoco que en muchos casos vaya unida a la de otros preceptos de contenido «material», respecto de los cuales actúa como una especie de cláusula de refuerzo.

Esta función instrumental ha sido desempeñada, por lo que ahora interesa, en relación con el artículo 19 Const., que reconoce el derecho de libre elección de residencia y de libre circulación por el territorio nacional. Como se recordará, ese precepto constitucional fue invocado en el recurso de amparo que dio lugar a la sentencia TCo 90/1989, bajo la alegación de que la restricción

(42) Una crítica al uso sistemático del criterio de interpretación más favorable, propugnando su utilización tan sólo en caso de duda, al igual que otros principios interpretativos (*pro reo, pro operario*), en DIÉGUEZ CUERVO: *Cómputo de los días de huelga legal para la determinación de la prestación de desempleo* (I), cit., pág. 183.

territorial del subsidio de desempleo agrícola podía lesionar ese derecho fundamental, ya que imponía trabas que dificultaban su libre ejercicio.

El TCo, no obstante, respondió negativamente a dichos argumentos. Para ello consideró pertinente traer a colación la doctrina que ya había expuesto en anteriores sentencias acerca de aquel precepto constitucional, que se asienta sobre una distinción básica entre lo que puede considerarse núcleo o contenido esencial de aquel derecho y las consecuencias que en el plano del derecho puede llevar consigo la elección de un lugar u otro de residencia (43).

Núcleo del derecho reconocido en el artículo 19 Const. es, a juicio del TCo, la posibilidad de todo ciudadano de elegir libremente el lugar de residencia, lo cual, en un terreno más concreto, hace inadmisibles los factores, circunstancias o requisitos que le impidan optar libremente por mantener la residencia donde ya la tiene o por trasladarla a un lugar distinto. Pero no considera el TCo que formen parte de ese núcleo básico las consecuencias a que pudiera llevar el ejercicio libre de aquella posibilidad de opción, o al menos no todas ellas. Dicho de manera más clara, no constituiría lesión de ese derecho una eventual desigualdad de situaciones originada de su mero ejercicio, ni una variación respecto de ciudadanos residentes en otro lugar en los beneficios o perjuicios, o en los derechos y obligaciones, siempre que la situación resultante, aun siendo desigual, fuese consecuencia natural de la adopción de un determinado lugar de residencia.

Este tipo de diferencias, pues, no tienen siempre la consideración de constitucionalmente ilegítimas. Sobre todo porque el artículo 14 Const. no implica «uniformidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español», lo cual significa, a estos efectos, que los poderes públicos gozan de un margen para conectar unas u otras consecuencias a la residencia dentro de un territorio o ámbito territorial determinado, siempre que la decisión correspondiente encaje en su esfera de competencias. Entre estas posibles diferencias sitúa el TCo, volviendo a la cuestión central de nuestro comentario, la que se deriva de las normas reguladoras del subsidio de desempleo.

Claro está, la posibilidad de que la elección de residencia conlleve diferencias está sujeta, a su vez, a ciertas limitaciones. No debe olvidarse, por de pronto, que ciertas previsiones constitucionales tratan de asegurar un estándar mínimo equiparable para todos los ciudadanos, como se desprende del artículo 149.1.1ª Const., que atribuye al Estado competencia para «la regulación

(43) Vid. sentencias TCo 83/1984, de 24 de julio, y 8/1986, de 21 de enero. Una panorámica de la jurisprudencia constitucional en esta materia en P. J. GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 110 y sigs.

de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Es evidente, asimismo, que las diferencias que eventualmente se establezcan deberán estar amparadas en todo caso en factores constitucionalmente admisibles.

La cuestión que el TCo hubo de plantearse en la sentencia 90/1989 era si las razones utilizadas por la norma reglamentaria en cuestión cumplían o no esas exigencias constitucionales. El TCo se inclinó finalmente por una respuesta afirmativa, dado que la diferencia de trato por regiones, y en función —en su dimensión individual— del lugar de residencia, encontraba justificación no sólo en la diferencia real que desde una perspectiva global, y en materia de desempleo agrícola, se advertía entre las regiones puestas en la balanza en el momento de la comparación, sino también en el hecho de que el texto constitucional había optado en favor de la corrección de los desequilibrios interterritoriales (artículos 138.1 y 158.2 Const.).

3. *La proyección de la igualdad ante la ley sobre las normas reglamentarias*

Entre sus muchas facetas, el artículo 14 Const. incluye una exigencia de trato igual por parte del legislador; establece, pues, la igualdad dentro de la ley (44). En repetidas ocasiones —y así sucede en la sentencia 209/1987— el TCo ha declarado que la ley ante la cual impone la igualdad el artículo 14 Const. es la ley «en sentido material, la norma jurídica en abstracto, con independencia de su rango, de manera que a todos deben ser aplicadas por igual las normas legales y reglamentarias».

En principio, pues, el artículo 14 Const. se proyecta sobre normas legales y reglamentarias. En consecuencia, ni la norma con rango de ley ni la norma reglamentaria pueden imponer entre los ciudadanos o entre las situaciones en que éstos se encuentren diferencias que no estén justificadas por razones objetivas y legítimas. Tampoco pueden atribuir a las diferencias que legítimamente se establezcan consecuencias que no resulten proporcionadas con el fin que se persiga a la hora de efectuar la distinción.

De todas formas, frente a esta inicial equiparación de una y otra norma ante el artículo 14 Const., es claro que el principio de igualdad no afecta de la misma manera a la norma de rango legal y al reglamento. Como también

(44) Sobre el alcance y las diferentes dimensiones del principio constitucional de igualdad, F. RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 31, 1991, págs. 15 y sigs.

ha recordado el TCo, desde el punto de vista de la igualdad ante la ley no se encuentran en el mismo plano ambos tipos de normas, pues «no es la misma la relación que existe entre Constitución y ley que la que media entre ésta y el reglamento». El legislador no «ejecuta» la Constitución, sino que crea derecho dentro del marco que ésta ofrece, mientras que el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de operar de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 Const.), lo cual, entre otras cosas, hace más enérgica su sujeción a la regla de trato igual (45).

Esa diferencia de posiciones trasciende a la regulación de la protección por desempleo, según se desprende de la jurisprudencia constitucional a la que venimos haciendo referencia. El principio de igualdad no impide que la norma legal trace diferencias, a estos efectos, según el tipo de trabajo desarrollado previamente por el desempleado. Pero, en cambio, cierra el paso a toda norma reglamentaria que establezca diferencias de trato no previstas por la ley (TCo 4/1991). En definitiva, el poder reglamentario no puede impedir ni obstaculizar, porque se lo prohíbe no sólo la ley, sino también al principio constitucional de igualdad, el goce de un derecho por parte de quienes lo tienen reconocido por ley.

Por esa razón, «el juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria» conduce necesariamente, aunque sólo sea desde esta perspectiva, a un «juicio de legalidad», para averiguar con carácter previo el grado de ajuste del reglamento a la ley que le sirve de cabecera; toda vez que el análisis separado del reglamento desde el punto de vista de su conformidad al texto constitucional se habrá de centrar sobre lo que suponga desviación respecto de lo dispuesto en la norma de rango legal.

Con todo, y pese a esa intensa proyección del principio de igualdad sobre el poder reglamentario, no cabe duda de que también por medio de esta fuente de regulación pueden establecerse diferencias. Pero han de estar basadas siempre en factores suficientemente objetivos y justificados desde el punto de vista constitucional. Ya hemos visto con anterioridad que para el TCo son justificadas las diferencias que pretendan hacer efectivo el mandato constitucional de solidaridad interterritorial, o que busquen una mejor protección de la población residente en zonas especialmente depresivas o con problemas de empleo (sentencia 90/1989).

Es más, considera el TCo que el establecimiento y diseño de medidas de este tipo corresponde precisamente al poder ejecutivo, en el sentido de que, frente a lo que en ocasiones piden los afectados, no son decisiones propias

(45) Cfr. J. SUAY RINCÓN: *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en AA. VV.: *Estudios sobre la Constitución española*, cit., pág. 855.

de los órganos jurisdiccionales, pues se trata de un tipo de tarea pública y de oportunidad. En cualquier caso, esa política ha de llevarse a efecto de acuerdo con el principio de igualdad, lo cual supone, entre otras cosas, que ha de guiarse por criterios que no sean arbitrarios y que resulten proporcionados a los fines perseguidos.

4. *Recurso de amparo y control de los reglamentos ilegales*

Las consideraciones del TCo acerca de la proyección del principio de igualdad sobre las normas reglamentarias han estado dirigidas, en algunos casos, a preparar el terreno para facilitar el control de dichas normas a través del recurso de amparo. En esta cuestión se detiene, especialmente, la sentencia TCo 209/1987, en la que, como se recordará, se daba respuesta a las alegaciones de discriminación contra el precepto reglamentario (artículo 7.3 RPD) que exigía para la percepción del subsidio de «prejubilación» que el desempleado acreditase todos los requisitos, excepto la edad, para acceder a la pensión de jubilación en un régimen de seguridad social en el que se reconociese «el derecho a la prestación o subsidio de desempleo», requisito éste que no estaba previsto en la ley.

Una demanda de amparo planteada en tales términos obligaba al TCo a indagar en qué medida podía no sólo examinar la adecuación de ese requisito reglamentario al principio de igualdad, sino, más aún, revisar su conformidad con la ley de cabecera, tarea que en principio está reservada a la jurisdicción ordinaria. A este respecto el TCo declaró, en primer término, que no entra entre sus competencias «revisar la interpretación que el juez ordinario... hace de las normas jurídicas para precisar su contenido y menos aún corregir la subsunción que él opera de los hechos en el supuesto de la norma»; entendiendo, de esa manera, que le estaba vedado un pronunciamiento sobre el sentido correcto del artículo 7.3 RPD, el precepto cuya legalidad se había cuestionado en el recurso.

No obstante, esa primera constatación no debía suponer, según el TCo, su desentendimiento total del asunto, ya que estaba por medio un precepto constitucional (artículo 14 Const.). Por ello, aunque el control de legalidad sobre las normas reglamentarias es competencia de los órganos judiciales, que pueden anularlas o inaplicarlas, las resultas de esa función revisora pueden quedar sometidas al TCo por vía del recurso de amparo «cuando a tal resultado se imputa, como aquí es el caso, una violación de alguno de los derechos fundamentales». Considera el TCo que, de lo contrario, se vería impedido de cumplir su función de garante constitucional, pues no podría «examinar desde la perspectiva del principio de igualdad o, en general de los derechos

fundamentales, el juicio de legalidad que lleva a cabo el juez ordinario».

El camino que conduce a esa intervención del TCo, sin embargo, ni es fácil ni está exento de obstáculos, pues, como se acaba de decir, el juicio sobre la legalidad de la norma reglamentaria corresponde al juez ordinario. De ahí que la única vía posible para el TCo derive de la exigencia constitucional de que la ley utilizada como parámetro en tal juicio de legalidad sea interpretada conforme a la Constitución, toda vez que es competencia del TCo, ahora sí, «examinar la adecuación constitucional de la interpretación que de la norma legal se hace en el juicio de legalidad».

De ese modo, los planos de la legalidad ordinaria y la constitucionalidad, que en principio pueden contemplarse de modo separado, se mezclan y confunden en un juicio de esas características; como declaraba expresamente el TCo, ambos planos «se cruzan al interpretar la ley que a su vez ha de ser medida de la legitimidad del reglamento». Sobre esta legitimidad el TCo no se ha de pronunciar «sino en cuanto se ponga en cuestión el respeto a un derecho fundamental en su contenido constitucionalmente garantizado» (46).

5. *Sobre los límites del recurso de amparo*

No es infrecuente que se utilice el recurso de amparo con la intención de satisfacer pretensiones cuya tramitación no es propia de ese recurso, ni siquiera, a veces, propia de los mecanismos jurisdiccionales. En muchas ocasiones se le ha pedido, en efecto, que ocupe el papel de los poderes públicos que tienen atribuidas funciones ejecutivas o de gobierno, y que a través del mismo se adopten medidas propias de la política social. Otras veces los recursos de amparo dan pie al TCo para pronunciarse sobre la distribución de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Un ejemplo de la primera tendencia puede encontrarse en la sentencia 13/1984. En ella, como se recordará, se daba respuesta a la pretensión de los recurrentes de que se les estimara como tiempo cotizado, a efectos de devengo de prestaciones de desempleo, el período de seguimiento de la huelga legal, utilizando, entre otros, argumentos que podríamos considerar de «justicia

(46) Como ya se apuntó, las sentencias TCo 78/1990 y 69/1992 reiteran esta doctrina; la primera de ellas llegó incluso a declarar la nulidad del artículo 7.3 RPD. Comentarios críticos a esta declaración de nulidad a través del cauce abierto por el recurso de amparo, por el riesgo de que no se lleven al proceso, por sus características, todos los intereses en juego, en M. ALONSO OLEA: «Sobre el derecho al subsidio de desempleo de los mayores de cincuenta y cinco años (II). Además, sobre la nulidad declarada al resolver un recurso de amparo de una norma reglamentaria», *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VIII (1990), Madrid, Civitas, 1991, págs. 206 y sigs.

material», dado que la solicitud de prestaciones se había denegado por faltar, única y exclusivamente, un día de cotización. El TCo estimó, tras declarar la adaptación a la Constitución tanto de la normativa aplicada como de las resoluciones denegatorias, que no entraba entre sus funciones la de «dulcificar» el rigor legal ni, en consecuencia, dar por cotizado un tiempo que, según la normativa aplicable, no podía tener esa consideración. Como ya vimos, la regla que propició aquellas resoluciones fue modificada con la aprobación de un nuevo reglamento de desempleo en 1985.

Otro caso significativo, esta vez referido más bien al reparto de funciones entre jurisdicción ordinaria y constitucional, puede verse en la sentencia TCo 90/1989, que resolvió la impugnación en amparo de la norma reglamentaria que distinguía, con vistas a la aplicación del subsidio de desempleo agrícola, entre unas regiones y otras. A tal efecto consideró el TCo que su función debía ceñirse al análisis de «la adecuación a la Constitución de la normativa citada», dado que el recurso cuestionaba su aplicación estricta en vía administrativa y judicial, siendo así que el TCT «pudo haber inaplicado tal normativa, de carácter reglamentario, si hubiera considerado que se oponía a los mandatos constitucionales». Con ello se está poniendo de relieve la competencia atribuida a los tribunales para dejar de aplicar las normas reglamentarias contrarias a la Constitución (art. 6 LOPJ), no así las normas de rango legal, cuyo juicio de constitucionalidad únicamente compete al TCo.