

TIEMPO PARA VOTAR Y QUIEN LO HAYA DE PAGAR

por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Manuel ALONSO OLEA *

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE ALGUNOS TEMAS LABORALES DE 1990

Quizá sea excesiva la afirmación de que es el de las relaciones laborales, salvo para los por una u otra razón inmersos en él, un mundo ignorado hasta que la aparición ocasional y súbita de un fenómeno de trascendencia real o imaginada, aireada quizá por los medios de comunicación, atrae sobre él la atención de la generalidad del público.

No es exactamente que por completo se deje hoy ordinariamente de reflexionar sobre las entidades laborales ni que queden éstas olvidadas como instituciones sociales significativas en espera de que alguien las redescubra, como Altusio redescubrió los gremios ¹, pero sí repito que, para bien o para mal, lo laboral discurre silenciosamente hasta que un estrechamiento en su cauce provoca la torrentera.

En el año 1990, tan próximo ya a su terminación y un año pródigo en ellos, parece que han sido cuatro, cuando menos, los «episodios laborales» que han suscitado este interés general. Son a saber:

* Disertación en Junta ordinaria el día 21 de noviembre de 1990.

¹ Éste es el parecer de A. BLACK, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, Londres, 1984; en la página 16 de este libro puede leerse que la Edad Media -nunca filosofó políticamente sobre el gremio-, y en la 97, que el Renacimiento ignoró por completo al gremio -como ente social significativo-, así como, en las páginas 137-142, que Altusio incorporó estructuralmente el gremio, con otros muchos *collegia*, a su articulación de la sociedad civil. He comentado este libro junto con el deleitoso y muy significativo *Discurso económico-político*, de don Ramón Miguel PALACIO, en el núm. 27, 1986, de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*. A su vez, Altusio fue durante largo tiempo olvidado en cuanto a su reflexión sobre los gremios toca. No aparece citado siquiera en la fundamental *On the History and Development of Gilds*, de Lujó BRENTANO (1860; reimpresión, Nueva York, 1969).

— La sentencia del Tribunal Supremo declarando nulo un Real Decreto conforme al cual los empresarios habían de abonar como trabajadas, como tiempo de permiso retribuido, las horas de que hubieran de disponer los trabajadores a su servicio para participar en una votación pública.

— Toda la polémica en torno a los «preavisos» —más de doscientos mil, a otras tantas empresas o centros de trabajo— en las mal llamadas elecciones sindicales, en realidad elecciones de delegados de personal y comités de empresa (representantes unitarios internos a la empresa, que no, propiamente, representantes sindicales externos a ella, por más que la conexión entre ambas representaciones sea muy estrecha). Cuestión por cierto sobre la que ha recaído una sentencia —esta vez de la Sala de Vacaciones de la Audiencia Nacional, en función de Sala de lo Social— de 27 de agosto de 1990, tan discutible como relativamente interesante en muchos de sus variados aspectos ²

— La tampoco con gran propiedad llamada «huelga de transportistas-camioneros»; mal llamada huelga, digo, en la acepción técnico-jurídica de esta expresión, porque no cesaron colectiva y concertadamente en sus prestaciones trabajadores por cuenta ajena al servicio de empresarios, sino trabajadores autónomos.

— Las discusiones enconadas que han precedido y continúan girando en torno al *Proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*, de contratación de trabajadores por las empresas, entiéndase, pendiente hoy ante las Cortes ³.

De estos episodios he seleccionado el primero de ellos, por ser el primero en su ocurrencia y darme con ello el tiempo mínimo preciso para la reflexión de la que esta disertación es resultado. Por otro lado, no he querido cambiar ni el tema ni el título, que en su día había participado a nuestro Secretario para la programación de este curso. Dejo, por tanto, a un lado los relativos «preavisos» electorales sindicales, a la «huelga» de camioneros y a la información sobre los contratos, superlativamente interesantes todos ellos.

² Y no el menor de ellos la nada frecuente constatación como hecho probado de una sentencia lo que ella llama «dato sociológico».

Resulta en ésta, en efecto, «hecho probado, y (con fórmula ritual) así se declara: ...

Cuarto: Es dato sociológico comprobado que el resultado anticipado y parcial de elecciones influye en la decisión del voto dubitativo, que en el electorado laboral español puede cifrarse en un quince por ciento aproximadamente, en tanto que un ochenta por ciento, también aproximadamente, puede valorarse como voto decantado. Asimismo los resultados anteriores influyen, aunque en vario sentido, en quienes actúan la maquinaria electoral respectiva de cada uno de los distintos concurrentes.

De la sentencia de la fecha citada, 27 de agosto de 1990 (núm. 114, procedimiento 31/90), fue ponente el magistrado señor Marín Correa.

³ El *Proyecto* se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* (12 de junio de 1990, serie A, núm. 30.1) y, junto con sus antecedentes, en el informe de que han sido autores mis colegas catedráticos A. Montoya Melgar y J. A. Sagar doy Bengoechea.

Para concentrarme sobre el *Tiempo para votar y quien lo haya de pagar*. Tema que ha recobrado actualidad si se tiene en cuenta que la sentencia que sobre el mismo decidí ⁴, según información común reciente, ha sido recurrida en revisión por el Abogado del Estado; sobre este recurso habrá de decidir la Sala Especial que para estos casos prevé el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁵

Vayamos, pues, al tema tras este excesivo preámbulo.

II. EL PERMISO PARA VOTAR

A) *El precepto del Estatuto de los Trabajadores*

El artículo 37, número 3, apartado *d*), del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo; en adelante, ET), prescribe que *el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración... por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal*.

El precepto es viejo en nuestro Derecho; en términos virtualmente idénticos aparecía en el artículo 25.3.*d*) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, al que llega desde el artículo 67, apartado 2.º, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que a su vez lo había tomado del artículo 80, apartado 2.º, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Séptima, de 9 de mayo de 1990 (núm. 642/89, dictada en el recurso 1.925/89); fue ponente el magistrado señor Fuentes Lojo (*Aranzadi* [Jurisprudencia], ref. 3.721). El número de la Sala y el de la Sección son los que tenían cuando la sentencia se dictó.

⁵ La Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio), artículo 61, prescribe que -una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas- conocerá, entre otros asuntos, -de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo- del propio Tribunal Supremo. El recurso de revisión citado puede interponerse, según el artículo 102.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley -reguladora- de 27 de diciembre de 1956), -contra las sentencias firmes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo- (que en el año 1956 eran varias; hoy sólo una, aunque con secciones múltiples y variables), entre otros supuestos, si aquéllas hubiesen dictado -resoluciones contrarias entre sí-.

Imagino que habrá sido al amparo de este precepto como el Abogado del Estado habrá recurrido en revisión, aunque con alguna dificultad de construcción, siendo hoy única, como acabo de decir, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Aparte de las dificultades de fondo a las que me referiré.

Según la propia información, la Sala de Revisión habría dictado auto -que suspende la sentencia... (recurrida) por diez votos a favor y cinco en contra-.

Parece evidente que, de un lado, como sus predecesores, el artículo 37.3d) del ET está pensando en deberes que afectan individualmente a un determinado trabajador y no colectiva y masivamente a todos los trabajadores y a todos los empresarios del país, y, de otro, no es que parezca, sino que expresamente dice que el permiso con retribución se concede «para el cumplimiento *de un deber*».

B) *Su interpretación jurisprudencial*

No obstante lo cual por la jurisprudencia se había venido entendiendo que aunque la participación en elecciones generales, autonómicas y locales o en *referenda* —participación, por supuesto, colectiva de suyo, tema en cuya consideración la jurisprudencia no ha entrado quizá por ser obvio— era y es, conforme al artículo 31 de la Constitución, un derecho y no un deber («los ciudadanos *tienen el derecho* a participar en los asuntos públicos... por medio de representantes libremente elegidos...»; de derecho también evidentemente se trata la participación como ciudadano en un *referéndum* consultivo de los previstos en el artículo 92.1 de la Constitución), había venido interpretando el precepto estatutario, decía, en el sentido de que siendo un derecho fundamental el que se ejercitaba, estaba justificada tanto la concesión del permiso para su cumplimiento como la imposición a los empresarios de la carga de pagar la retribución correspondiente al tiempo de permiso.

El tiempo para votar fue así un supuesto al que había de aplicarse el citado artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, en la construcción jurisprudencial. Se pronunciaron en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981, 10 de abril y 14 de mayo de 1982 y 4 de junio de 1986⁶, así como, entre otras también, las del Tribunal Central de Trabajo de 28 de octubre y 3 de diciembre de 1983, 31 de octubre, 3 y 23 de diciembre de 1986 y 1 de abril de 1987⁷.

No voy a entrar en un análisis detenido de esta jurisprudencia; probablemente la sentencia más significativa, que las demás refuerzan y reiteran o de la que implícitamente parten, es la primera de la serie, la del Supremo de 7 de julio de 1981, que habla del votar como un complejo o «singular binomio “derecho-deber”, cuyos términos no son incompatibles y excluyentes... “derecho” fuente de deberes y “deber” (que) genera fecundos y personales derechos», configuración en virtud de la cual entra en el artículo 37.3.d) del Estatuto.

⁶ Todas ellas de lo contencioso-administrativo. Aranzadi, *Repertorio de jurisprudencia*: año 1981, ref. 3.026; 1982, refs. 1.977 y 2.778; 1986, ref. 3.323.

⁷ Todas ellas de la Sala Quinta del extinto Tribunal Central de Trabajo; en Aranzadi, *Repertorio del TCT*, 1983, refs. 9.087 y 11.324; 1986, refs. 10.773, 14.615 y 14.650; 1987, ref. 9.051.

Las sentencias del Central —muy matizadas ante la variedad de supuestos de hecho de ejercicio del «derecho-deber», tiempo preciso para el mismo, cómputo de las retribuciones para el pago del permiso, etc.— parten desde luego de que estamos ante el deber inexcusable de carácter público del tan citado artículo 37.3.d).

Sendos dictámenes del Consejo de Estado ⁸, muy elaborado el primero de ellos, que contiene un análisis profundo del tema desde la perspectiva constitucional, se orientan con decisión en el mismo sentido.

De las sentencias citadas, las del Tribunal Supremo se dictaron para supuestos de hecho, léase para consultas a la ciudadanía, anteriores a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, del *Régimen Electoral General* (LOREG en adelante); algunas de las del Tribunal Central en supuestos de hechos posteriores, aunque ninguna de ellas menciona ni para nada tiene en cuenta la LOREG, probablemente porque los recursos sobre los que decidieron no la alegaron, partiendo de la jurisprudencia anterior a ella, cuya sustancia y subsistencia no discutieron.

C) *Las normas de la Ley Electoral de 1985*

La promulgación de la LOREG pareció que modificaba la situación normativa. Se previno doctrinalmente que tras ella era dudoso que pudiera mantenerse la jurisprudencia que justificaba la imposición a los empresarios de pagar las horas de permiso para participar en las elecciones. La razón que para ello se dio fue que la LOREG, «muy explícita... (y minuciosa) en cuanto a los permisos» retribuidos que se deben conceder precisamente a «los trabajadores por cuenta ajena... nombrados *presidentes y vocales de las Mesas Electorales*» («tienen derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación, si es laboral. En todo caso, tienen derecho a una reducción de jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior»; LOREG, artículo 28.1), a los mismos designados *interventores* (LOREG, artículo 78.3, que remite al artículo 28) y a los mismos nombrados *apoderados representantes de las candidaturas* («los trabajadores por cuenta ajena que acrediten su condición de apoderados tienen derecho a un permiso retribuido durante el día de la votación»; LOREG, artículo 76.4), que, pese a ello, la LOREG, digo, no contenía regla alguna para el común de los trabajadores.

⁸ De 17 de mayo de 1984, núm. 46.000, y 1 de abril de 1985, núm. 47.283. Rechazan ambas reclamaciones de daños y perjuicios de empresarios contra el Estado por el pago de los salarios del tiempo de permiso. El segundo, además, declara válida la Orden de la Presidencia del Gobierno de 3 de septiembre de 1981, que concedió permisos retribuidos con motivo del *referéndum* del Estatuto de Andalucía, convocado por Real Decreto 1835/1981, de 20 de agosto (Consejo de Estado, *Recopilación de doctrina legal*, 1984, ref. 253, págs. 566-570; 1985, ref. 124, págs. 338-342).

Las dudas y la advertencia de la doctrina expresaban su entendimiento de que era precisamente en la Ley Electoral donde debían concederse y regularse los permisos, y de su constatación de que era en ella, en la LOREG, donde de hecho se concedían y regulaban. Con lo que cabía entender que la omisión de cualquier referencia, mínima siquiera, a los permisos retribuidos a los «trabajadores por cuenta ajena» que no fueran precisamente presidentes, vocales, interventores o apoderados significaba que no tenían por qué ser concedidos o, si concedidos, no tenían por qué ser remunerados, con lo que se quedaría abrogada la jurisprudencia anterior a la propia LOREG ⁹.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MAYO DE 1990

Descrito ha quedado en parte el panorama de fondo en el que hay que situar la sentencia de la hoy única Sala *de lo Contencioso-Administrativo* del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990, que ya he citado.

A) *El Real Decreto impugnado*

La sentencia en cuestión declara «nulo, en cuanto a los artículos 1.º y 2.º, el Real Decreto 218/1986, de 6 de febrero, por no estar ajustados a Derecho».

Esto hace preciso esbozar, para completar el panorama, el contexto en que el Decreto en cuestión fue dictado, así como exponer el contenido del mismo, en lo que aquí importa.

Es el Real Decreto 218/1986 uno de los varios que se dictaron con motivo del *referéndum* consultivo en relación con la Alianza Atlántica.

Fueron estos varios Reales Decretos los siguientes, todos ellos fechados en 6 de febrero de 1986:

— Real Decreto número 214, el básico; por el mismo, en virtud de acuerdo del Gobierno del día 31 de enero de 1986, se somete a referéndum consultivo «una

⁹ Sobre lo que se acaba de exponer remito a M ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 11.ª edición, Madrid, 1986, cap. 10.VI, págs. 268-286. La reflexión sobre la LOREG había aparecido ya en la *Actualización* de la 9.ª edición de este libro, Madrid, 1986, págs. 59-60, y fue incorporada a la 10.ª, Madrid, 1987, págs. 280-285.

decisión política- cuyo texto inserta ¹⁰. El artículo 3.º dijo que «la votación se celebraría el día 12 de marzo de 1986», un miércoles.

— Real Decreto número 215, que daba normas para la «regulación del *referéndum*» convocado por el Decreto anterior, normas a su vez basadas en las básicas, la LOREG entre ellas, además de la Ley de Referéndum (Ley Orgánica 2/1986, de 18 de enero)¹¹.

— Real Decreto número 216, sobre las características de las papeletas, modo de rellenarlas, urnas, etcétera.

— Real Decreto número 218, objeto de impugnación. Conviene por ello mismo transcribir literalmente su parte dispositiva:

«Artículo 1.º El tiempo para que los trabajadores que tengan la condición de electores puedan participar en el referéndum consultivo del próximo día 12 de marzo, en el supuesto de que no disfrutasen en tal fecha del descanso semanal previsto en el artículo 37.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, será retribuido por las empresas, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.3.d) de la citada Ley 8/1980.

Art. 2.º Las Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o, en su caso, las Autoridades autonómicas correspondientes, previo acuerdo con los delegados del Gobierno, adoptarán las disposiciones convenientes respecto del horario laboral del día de celebración del citado referéndum y de las cuatro horas libres de que podrán disponer para la votación de los trabajadores incluidos en el artículo anterior.

¹⁰ Supongo que, aunque marginal aquí, puede ser interesante recordar el texto íntegro de la decisión política objeto de la consulta; apareció así incluida en el Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero:

Artículo 1.º Por acuerdo del Gobierno del día 31 de enero de 1986, se somete a referéndum consultivo de todos los ciudadanos la siguiente decisión política:

ACUERDO DEL GOBIERNO

Texto íntegro de la decisión política objeto de la consulta

«El Gobierno considera conveniente para los intereses nacionales que España permanezca en la Alianza Atlántica, y acuerda que dicha permanencia se establezca en los siguientes términos:

1.º La participación de España en la Alianza Atlántica no incluirá su incorporación a la estructura militar integrada.

2.º Se mantendrá la prohibición de instalar, almacenar o introducir armas nucleares en territorio español.

3.º Se procederá a la reducción progresiva de la presencia militar de los Estados Unidos en España.»

Art. 2.º En relación con dicha decisión, el Cuerpo electoral convocado habrá de responder a la siguiente pregunta:

«¿Considera conveniente para España permanecer en la Alianza Atlántica en los términos acordados por el Gobierno de la Nación?»

Como el del 218/1986, que se transcribirá enseguida, el texto está tomado de *Aranzadi* (legislación), refs. 384 y 392.

Art. 3.º 1. Conforme a lo previsto en los artículos 28.1 y 78.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, los trabajadores por cuenta ajena nombrados presidentes o vocales de las Mesas Electorales y aquellos que acrediten su condición de interventores, tienen derecho durante el día de la votación a un permiso retribuido de jornada completa y a una reducción de su jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior.

2. Los trabajadores por cuenta ajena que acrediten su condición de apoderados tienen derecho, conforme a lo previsto en la citada Ley, a un permiso retribuido durante el día de la votación.

Disposición final

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto, que entrará en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Quizá convenga destacar tras esta lectura cómo el artículo 3.º, para presidentes, vocales, interventores y apoderados, busca su fundamento en la LOREG, mientras que el artículo 1.º y, dependiendo de él, el artículo 2.º, para los trabajadores *in genere*, lo buscan en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores. Ya me he referido a todos estos preceptos.

Estos artículos fueron impugnados por una asociación empresarial —*Federación de Empresarios del Metal de Zaragoza*—, entablándose el pleito entre su representación y la del Estado.

B) *Un resumen de la sentencia*

La sentencia, de 9 de mayo de 1990, es sumamente laboriosa porque indaga, de un lado, los antecedentes históricos de la legislación electoral, desde la vieja Ley de 1907 —según la cual votar «en cuantas elecciones fueran convocadas en su distrito» era un derecho y un deber del ciudadano—, y, de otro, la jurisprudencia presente, a la que me he referido, del propio Tribunal Supremo. Pero, esto hecho, al final dice que ya no es posible la aplicación extensiva del artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta de la publicación de la LOREG, que «configura el derecho de sufragio como un derecho, proscribiendo cualquier forma de obligación o coacción en el ejercicio de ese derecho y (razonamiento éste el fundamental) *no contiene norma alguna que obligue a la empresa a abonar el tiempo que los trabajadores empleen en la emisión del sufragio*, siquiera la haga cuando se trate de presidentes o vocales de las Mesas Electorales, apoderados e interventores, precisamente por tratarse de una obligación inexcusable de éstos» (*considerando séptimo*).

Lo que «con mayor fundamento —sigue la sentencia— resulta aplicable al Real Decreto impugnado», promulgado como consecuencia de otro que de sí mismo afirma que convoca un «referéndum *consultivo* de todos los ciudadanos y, por lo

tanto, *como un simple derecho y no como una obligación* y ni siquiera como un deber, por lo que no cabría encajarlo nunca en el deber inexcusable del artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores» (*considerando* octavo) ¹².

En vista de lo cual, con un argumento final acerca de que el Real Decreto impugnado carece de apoyo legal en la potestad reglamentaria que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno —un razonamiento no excesivamente bien articulado, a mi juicio, necesario es decirlo—, con estimación del recurso, se declara nulos los artículos 1.º y 2.º del Real Decreto 218/1986, de 6 de febrero, «por no estar ajustados a derecho». Sin costas.

C) *Reflexiones sobre la sentencia*

En cuanto comentario a la sentencia de 9 de mayo de 1990, expuestos sus antecedentes y su contenido, podría acabar aquí esta disertación. Algunas reflexiones adicionales parecen necesarias, sin embargo. Se van a hacer a continuación, sin pretender profetizar cuáles puedan ser los avatares futuros del caso, señaladamente la decisión que se dicte en el recurso de revisión al que ya me he referido.

Estas reflexiones serían las que siguen:

1.^a Evidentemente hace falta «tiempo para votar», tanto en distritos electorales correspondientes a términos municipales rurales con población muy dispersa como especialmente en los de las grandes ciudades, al efectuarse las votaciones en mesa electoral próxima al lugar del domicilio del votante, que es el que figura en el censo. Este lugar puede estar a mucha distancia, en recorrido y tiempo, del lugar de trabajo, aparte del tiempo, reducido o no tanto, que se invierte en la votación.

2.^a En tal supuesto —el de la ciudad grande; en general, el de lejanía del lugar de votación del lugar de trabajo— el tiempo que hace falta hay que darlo; y no se ocurre mecánicamente otra, salvo lo que se dirá, si la votación es en día laborable, sino el permiso para votar. Pero entonces la norma que imponga su concesión debe ser terminante y clara sobre que el permiso ha de concederse por este motivo, sea deber o derecho el votar; sobre el tiempo y los casos en que se imponga su concesión; sobre si el permiso es retribuido o no y a costa de quién, y, si lo es a costa del empresario, si puede o no ser recuperado el tiempo de permiso.

3.^a Lo dicho en el apartado primero constatado como hecho y lo dicho en el apartado segundo admitido como problema, la solución más elemental es la de trasladar las votaciones a domingo o día festivo, que es la solución adoptada por

¹² Los razonamientos, digo, están contenidos en los *considerandos* séptimo y octavo de la sentencia; las cursivas son mías. Realmente, el razonamiento segundo —a propósito del carácter consultivo del *referéndum* y las consecuencias de ello— sobra en vista del primero y, si se quiere, lo debilita.

numerosos países de cultura próxima a la nuestra ¹³. No estoy en condiciones de precisar, aunque supongo que por alguien se habrá estudiado esto con seriedad, si que la votación se celebre en día de uno u otro tipo, laborable o festivo, influye o deja de influir, y cómo, sobre la concurrencia de electores.

Cabría también, si es que la elección se ha de celebrar en día de trabajo —a esta mecánica me quise referir en el apartado segundo—, mantener los colegios abiertos hasta altas horas de la madrugada.

(Las elecciones en nuestro país pueden celebrarse en cualquier día de la semana; el Gobierno decide en cuál. El artículo 42.2 de la LOREG dice que «los Decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones, que habrán de celebrarse entre el quincuagésimocuarto y el sexagésimo días desde la convocatoria». La Ley Orgánica de Referéndum consiente también la fijación cualquier día de la semana; conforme a su artículo 3.1, «el Real Decreto de convocatoria... determinará la fecha en que haya de celebrarse la votación... entre los treinta y los ciento veinte días posteriores a la fecha de publicación» del propio Real Decreto.

Por supuesto este tema se ha planteado más de una vez; así el dictamen del Consejo de Estado número 46.000, citado, dice que «se ha señalado... que la convocatoria... para día laboral en vez de festivo... hubiera evitado la prestación impuesta», a lo que con naturalidad —sencilla y evidentemente— responde el dictamen que «ni la Constitución ni las disposiciones electorales [anteriores aquí a la LOREG]

¹³ Así:

— En *Bélgica*, la elección de diputados y senadores tiene lugar «el cuarto *domingo* de mayo», salvo que esta fecha coincida con el domingo de Pentecostés, en cuyo caso la elección... (se traslada) al domingo siguiente (Código Electoral de 1928, art. 105).

— En *Luxemburgo*, la regla —incluido el desplazamiento de la elección («al último domingo de mayo» desde el primero de junio, si éste es el de Pentecostés)— es similar a la de la *Ley belga* (*Ley Electoral* de 1924, art. 105).

— En *Francia*, las elecciones en primera vuelta se celebran en *domingo*, y si hace falta segunda vuelta, el *domingo* siguiente a la primera (Código Electoral de 1964, art. 55).

— En *México*, la votación para «la elección ordinaria» (era) el primer domingo de julio del año de la elección (*Ley Federal* de 27 de diciembre de 1977, art. 182). En el *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* de 1990, «las elecciones ordinarias para elegir diputados federales (cada tres años), senadores (la mitad de los integrantes de la Cámara, cada tres años) y presidente de los Estados Unidos Mexicanos (cada seis años), deberán celebrarse el tercer domingo de agosto del año que corresponda» (art. 19.1).

— En *Portugal*, «el día de las elecciones debe recaer en *domingo* o *día festivo* nacional» (art. 20 de la *Ley Electoral* de 1979).

— En la antigua *República Federal Alemana*, «el día de las elecciones debe ser un *domingo* o un *día de fiesta legal*» (*Ley Electoral Federal* de 1956, art. 16).

— En *Suiza*, «las elecciones ordinarias para la renovación interna del Consejo Nacional tienen lugar el penúltimo *domingo* del mes de octubre» (art. 19 de la *Ley Federal* de 1976).

(Debo esta información, y por ella quedo sumamente agradecido, al letrado de las Cortes don Enrique Arnaldo Alcubilla. La de México complementaria, al doctor Lara Sáenz, profesor de la Universidad Nacional Autónoma de la capital mexicana, que, aparte de comentarme el tema, me proporcionó un ejemplar del *Código*.)

limitan la facultad exclusiva del Presidente del Gobierno de fijar la fecha de los comicios el día que estime más conveniente».)

4.^a Formalmente, quiero decir desde el punto de vista del derecho positivo estricto, siendo como es la tacha que la sentencia imputa al Decreto una de legalidad o rango, este vicio podría ser purgado llevando a una norma con rango formal de ley la posibilidad de que las elecciones se celebren en día de trabajo y las condiciones y consecuencias de ello.

Pero ésta sería decisión de prudencia política que, como todas las de tal naturaleza, corresponde al poder legislativo. Éste es el que debe ponderar las ventajas e inconvenientes y, entre estos últimos, notoriamente las pérdidas de horas de trabajo y la carga extrasalarial que se impone con los permisos para votar.

Algún problema constitucional, incluso, podría plantearse en torno a la decisión que se adopte. Pero, en definitiva, *tiempo para votar y quien lo haya de pagar* son temas que la sentencia que se comenta remite a la Ley y a su imperio.

IV. UN HIPOTÉTICO PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL

Puesto que la referencia ha quedado hecha a «algún problema constitucional» e ilustrado por las valiosísimas intervenciones de mis colegas en el coloquio subsiguiente a la disertación, amplió ésta con referencia explícita a problema tal, contemplado desde la LOREG.

La sentencia que se ha comentado está construida, a mi juicio, del siguiente modo:

1.^o La norma aplicable para la solución del problema sobre el que tuvo que decidir es la LOREG (se trataba de un *referéndum*, pero la Ley reguladora de los *referenda* remite «al Régimen Electoral General en lo que le sea de aplicación y no se oponga a la presente Ley» [art. 11.1], sometimiento que afecta a los permisos que hayan de concederse con motivo de la votación, sobre los que no contiene precepto alguno).

2.^o La única interpretación posible de la LOREG, siempre en el silogismo de la sentencia y según ella, por las razones expuestas al comentarla, es que no existen permisos retribuidos, que el empresario deba conceder y pagar, con motivo de las votaciones, de los trabajadores que no sean precisamente presidentes, vocales, interventores o apoderados.

3.^o Es así que los artículos 1.^o y 2.^o del Decreto impugnado —218/1986, de 6 de febrero— interpretaban la LOREG de forma distinta a la citada como única posible, era evidente que incurrían en ilegalidad y por ello mismo habían de ser —como lo fueron— declarados nulos por ilegales.

Tanto la premisa mayor como la menor, como la conclusión de este silogismo se mueven en el plano de la legalidad.

Si del plano de la legalidad se hubiera ascendido al de la constitucionalidad, la sentencia hubiera tenido que plantearse el problema adicional de si la LOREG así entendida, que era como únicamente podía entenderse, según su muy razonable juicio, no resultaba inconstitucional en cuanto atentatoria u obstaculizadora del derecho a participar en los asuntos públicos a través de «elecciones periódicas» (art. 23.1 de la Constitución) o del derecho a participar en un referéndum consultivo a que se sometían decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92.1 de la Constitución también). No parece que por nadie se planteara en el pleito el tema de la posible inconstitucionalidad de la LOREG, ni pareció a la sentencia comentada que fueran inconstitucionales, en el respecto objeto de esta disertación, ni la LOREG ni obviamente la interpretación que de ella hacía.

Claro es que si el tema de la constitucionalidad de la LOREG y de su interpretación —que para la sentencia hubiera sido sólo uno puesto que la interpretación que daba de la LOREG era la única que entendía posible— se hubiera planteado, el Tribunal Supremo hubiera tenido que:

— O bien declarar expresamente que la LOREG y su interpretación no se oponían a la Constitución, y que ésta seguía incólume aunque los permisos no se concedieran; o, mejor dicho, puesto que éste era el nudo de la cuestión, aunque no se retribuyeran los que se concedieran; o, mejor dicho aún, precisamente porque no se retribuían; con cualquiera de cuyas declaraciones no cabía pronunciamiento constitucional a hacer.

— O bien entender que la obstaculización en cuestión se producía y que, por tanto, la Constitución resultaba violada por la LOREG, en la única interpretación posible de ésta, en cuyo caso, como es sabido, dependiendo el fallo de la constitucionalidad puesta en duda de una norma con rango de Ley, hubiera tenido que plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para decisión de éste, puesto que sólo éste tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de Ley posteriores a la Constitución.

— O bien, fallido desde luego tras la LOREG, cuando no desde siempre, el apoyo en el ET, artículo 37.3.d) —como en sus precedentes en los episodios anteriores—, constatar la realidad de un tremendo vacío normativo, hijo de un «silencio apócrifo» del legislador, de integración virtualmente imposible como no lo fuera, como lo fue, declarando su existencia y, no apreciando cuestión constitucional, remitiendo su solución al propio legislador, al entender que no derivando directamente de la Constitución ni el permiso ni, menos, la retribución del permiso, la inconstitucionalidad hubiera estado en imponer la carga sin apoyo legal.

Por supuesto, el Tribunal Supremo, al no haberle sido planteada ni plantearse él la cuestión de constitucionalidad, no entró en ninguna de las dos primeras posibili-

dades, aunque quizá lo hubiera podido hacer, y optó por la tercera como única razonable con los medios de interpretación a su alcance.

La remisión implícita al poder legislativo de la solución de si y cómo debía interpretarse una norma con rango de Ley Orgánica es solución general —a la particular dio solución el caso, cumpliendo el Supremo con el deber que a todo juez impone el artículo 1.º, número 7, del Código Civil— jurídicamente aceptable, desde luego. Habida cuenta, además, de las soluciones múltiples que el problema mismo del *tiempo para votar y quién lo haya de pagar* consiente.

V. ADDENDA

(Para noticiar episodios inmediatamente posteriores a la disertación, para después de ella)

1.º Están pendientes ante las Cortes, desde tiempo muy reciente, sendas proposiciones de Ley de modificación de la LOREG ¹⁴.

Estas proposiciones, idénticas en lo que aquí importa —y me parece que en todo su contenido, aunque no he entrado en un estudio detenido de esto—, modifican el artículo 42 de la LOREG, que, se recordará, es el que regula cuándo se han de celebrar las elecciones.

El precepto, ahora simple, adquiriría en la redacción propuesta una gran complejidad, dividiéndose en tres números, de los cuales los dos primeros mantendrían redacción similar al número 2 actual en el sentido de que el Decreto de convocatoria fija la fecha de las elecciones, «que habrán de celebrarse entre el quincuagésimocuarto y el sexagésimo día posterior a la convocatoria». Sin modificación pues.

Pero el número 3 propuesto, que se refiere a «elecciones locales [y a] elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas cuyos presidentes del Consejo de Gobierno no tengan expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico la facultad de disolución anticipada... las elecciones se realizarán *el cuarto domingo de mayo*».

Lo que quiere decir que los proponentes de la del número 58.1 [«Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, Popular en el Congreso, Catalán (Convergencia i Unió), CDS y Vasco (PNV) y el diputado don Luis Mardones Sevilla (G. Mixto)»]; y de la del número 59.1 [«Grupo Parlamentario Popular en el Congreso»], son todos ellos conscientes del problema: elección en domingo *versus* elección en día laborable. Resolviéndolo o dejándolo de resolver, según se mire, en la forma que resulta de lo recién dicho.

¹⁴ Proposiciones de Ley 122/000052 y 122/000053, publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, serie B, 24 de octubre de 1990, núms. 58-1 y 59-1.

2.º Convocadas elecciones al Parlamento de Andalucía por Decreto del presidente de la Junta, «a celebrar el día 12 de junio de 1990» —un sábado—, un Decreto de la Consejería de la Presidencia ¹⁵ dictó normas «de aplicación para el ejercicio del derecho al voto de los trabajadores y del personal al servicio de las Administraciones Públicas».

En lo que aquí importa, el Decreto declara el derecho de los trabajadores «al permiso retribuido» de cuatro, tres o dos horas, según el tiempo —de más de seis, de entre cuatro y seis, de entre dos y cuatro— de coincidencia de su jornada de trabajo con el de apertura de los colegios electorales («si la coincidencia es menor de dos horas, la empresa... no vendrá obligada a conceder permiso retribuido»).

Siguen en el Decreto reglas especiales para los permisos de presidentes y vocales de las mesas electorales, interventores y apoderados.

Según noticias fidedignas, el Decreto ha sido recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por la Confederación de Empresarios de Andalucía, sin que hasta la fecha se haya dictado sentencia al respecto.

3.º El Congreso, en la sesión plenaria del martes 27 de noviembre de 1990, «tomó en consideración» la proposición de modificación de la LOREG —de la del número 58.1, a no dudar; cotejada su, salvo error, identidad—, que inicia así su tramitación parlamentaria. En la misma sesión, el Congreso aprobó el dictamen de la Comisión de Investigación sobre el proceso electoral de 29 de octubre de 1989 (creada en sesión del Pleno de 6 de febrero de 1990); este dictamen no contiene referencia alguna al tema objeto de esta disertación.

VI. CONTINUARÁ

Es claro, vista la exposición sumaria que he hecho, que no nos encontramos ante un *negotium decisum*. Pendientes quedan —aparte de otras cuestiones incidentales o adicionales que sobre la cuestión tratada puedan surgir— la sentencia que el Tribunal Supremo dicte en revisión, la que se pueda dictar por el Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la promulgación de la Ley Orgánica de Modificación de la también orgánica Ley del Régimen Electoral General.

Pero en algún momento y lugar hay que concluir la crónica; en éste y aquí se concluyen. Queden los episodios ulteriores para una disertación ulterior, Dios mediante.

¹⁵ Decreto 189/1990, de 1 de junio, publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* núm. 51, de 19 de junio de 1990, págs. 5764-65.