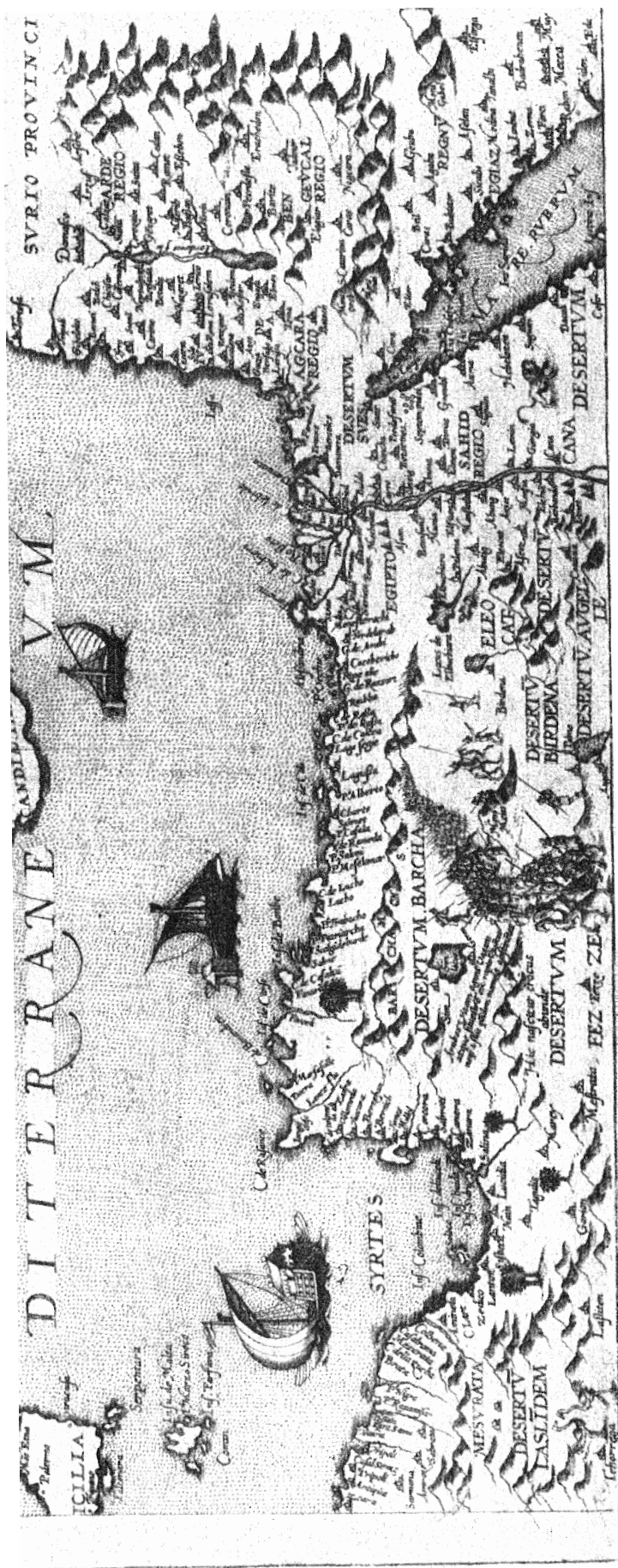




Revista del Foro Canario

85

Las Palmas de Gran Canaria, 1992

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXV

Mayo - Agosto

1992-II

S U M A R I O

	Págs.
<i>“Los enjuiciamientos indiciarios en el procedimiento abreviado”</i> por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN	9
<i>“Diligencias para mejor proveer en el procedimiento laboral y especialmente en los de materia de Seguridad Social”</i> por don JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ OJEDA	23
<i>“La exención general de los acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles en la esfera del derecho comunitario”</i> por doña CARMEN ROMERO LIMINANA	33
<i>“Los ciegos y la Ley 30/91 de 20 de diciembre”</i> por don MARCOS ASCANIO SOSA	61

	Págs.
<i>“Los contratos de duración determinada en las administraciones públicas: aspectos presupuestarios, contenido y límites”</i> por don MANUEL HERNÁNDEZ SUÁREZ	127
<i>“Regulación legal de las vacaciones”</i> por don VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA	171

LOS ENJUICIAMIENTOS INDICIARIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN

MAGISTRADO. PROFESOR DE DERECHO PROCESAL DE LA U.L.P.G.C.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. INDICIOS DEL PROCESO COMÚN ORDINARIO DE OBSERVANCIA TAMBIÉN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.
- III. LAS ESPECÍFICAS PREVISIONES DE INDICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que nuestro Derecho positivo se adscribió al denominado sistema mixto o acusatorio formal del Code francés de 1808 para los procesos penales por delito, con las dos fases claramente diferenciadas de instrucción sumarial y debate en juicio oral, correspondiendo a ésta la etapa plenaria y contradictoria en que con publicidad, oralidad, intermediación y concentración se llega a la sentencia definitiva en instancia única, tras valorar libremente las pruebas aportadas por las partes, determinando los hechos ciertos sobre los que actúan los efectos legalmente previstos, acogiendo o no la imprescindible pretensión punitiva, en clara manifestación del sistema acusatorio, mientras que son las notas del comúnmente censurado sistema inquisitivo, de la escritura, el secreto, la actuación de oficio y hasta las pruebas tasadas y la doble instancia, las que se mantienen en gran medida en el sumario o instrucción, entendido no como un fin en sí mismo, sino como etapa inmediatamente anterior al juicio oral, para prepararlo, ha sido de común aceptación que para esa finalidad accesoria no eran necesarias aún las auténticas pruebas, obtenidas en el crisol de la contradicción en debate público, sino que bastaba con aquellos elementos que pudieran permitir formar una opinión más o menos fundada sobre determinados aspectos de interés para el proceso.

Tales elementos constituyen los indicios, derivados precisamente del verbo “indicare”, que equivale a dar a conocer o indicar, que nuestro legislador decimonónico, como luego veremos, engloba en expresiones como las de “indicios racionales” o “motivos bastantes para creer”, con lo que se pone de manifiesto la conveniencia de adoptar en el proceso determinada resolución, no con base en la afirmación de culpabilidad o inocencia del imputado, que sólo cabe al terminar el proceso, sino como juicios intermedios sobre dicha culpabilidad partiendo de los elementos ya recogidos en fase sumarial, como nos dice Serra Domínguez, “si estos elementos por sí mismos indican en forma objetiva y racional la culpabilidad”, que desde luego no han de confundirse con la prueba indirecta o indiciaria, de que se habla más modernamente, o prueba presuntiva, donde sobre el presupuesto de una actividad probatoria de cargo, “a partir de unos hechos indiscutiblemente ciertos y a través de un razonable proceso deductivo, el Tribunal llega a estimar como probados otros hechos no directamente conocidos, en los que se basa su veredicto de culpabilidad”, como dice la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 de abril de

1987, en la que incluso, citando otra anterior de 21 de noviembre de 1986, se matiza que junto a la expresión de los hechos probados se ha de reflejar “el *iter* formativo de la convicción, esto es, el curso racional que enlaza los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado”, aunque bastando con las líneas generales del razonamiento, como matiza la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre del año anterior, que también cita.

Muchas han sido las reformas hechas desde 1882 a nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta la que establece el nuevo procedimiento abreviado por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, pero en ninguna de ellas las referencias a los indicios en fase de instrucción y en todo el proceso en general, han merecido el más leve retoque, y antes al contrario en este nombrado procedimiento abreviado se contiene incluso una expresa referencia a los mismos en el número 6 del artículo 790, lo cual hace que encuentre justificación evidente su estudio actual, por más que las nuevas tendencias simplificadoras del proceso penal, a impulsos desde luego de la Recomendación del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987, y los nuevos códigos procesales de Portugal y de Italia (respectivamente de 17 de febrero de 1987 y 22 de septiembre de 1988), se encaminen a la eliminación de etapas en el proceso mismo, pasando directamente al juicio sin fase intermedia, o a la sentencia sin juicio, cuando no a la desjudicialización de la instrucción misma, siguiendo el ejemplo anglo-norteamericano de atribuirle a los Fiscales, como se hizo ya desde la reforma alemana de 1975 (aunque en todos esos supuestos más que instrucción en cuanto actividad de tutela de derechos, lo que se realiza por aquéllos y sus auxiliares policiales, es una actividad de investigación, sometida al control judicial en cuanto la misma limita derechos individuales, además de para la adopción de medidas cautelares, preventivas o de aseguramiento), pues precisamente la eliminación de etapas hace que los indicios pasen a un primerísimo plano a la hora de la decisión final, y se correría el riesgo de una vuelta al sistema inquisitivo de no ser tenidos en cuenta en su justa medida, no tasados ni vinculantes, pues como sintetiza Gómez Orbaneja en el sistema inquisitivo la base de la sentencia venía dada precisamente por el contenido de la instrucción misma.

II. INDICIOS DEL PROCESO COMÚN U ORDINARIO DE OBSERVANCIA TAMBIÉN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado, pese a su regulación dentro de los procedimientos especiales, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, surge en la práctica judicial española con un afán de protagonismo de primer orden al comprender todos los delitos castigados con penas privativas de libertad hasta doce años (con lo que sin duda alguna alcanza más de ochenta por ciento de los casos), y al adscribirse a él los delitos con base sólo en el criterio general de las penas a imponer, sin tenerse ya en cuenta la perseguibilidad o no de oficio y hasta si la aprehensión del delincuente se produjo o no ante la flagrancia del mismo (como ocurría con los procedimientos por él sustituidos, de urgencia y del denominado enjuiciamiento oral, de las leyes 3/1967 y 10/1980), presenta además un evidente carácter ordinario, aunque la práctica reservó siempre tal denominación para el procedimiento común de los libros II y III de la Ley de Enjuiciamiento, y de ahí que pese a las innovaciones que sin duda tiene, tanto para el ya derogado procedimiento de urgencia como para el abreviado el artículo 780 no pudo por menos que prescribir la aplicación o acomodación en el enjuiciamiento de los mismos a las normas comunes de la Ley, con las modificaciones consignadas en el título que lo regula, sin que la solución inversa, esto es, la aplicación de los principios que inspiran el procedimiento abreviado al procedimiento común como llega a sostener la Circular 1/1989 del Fiscal General del Estado, no nos parezca sin más aceptable.

Con base pues en esa normativa general o común una larga serie de supuestos en que el legislador alude expresamente a los indicios son de indudable aplicación en el procedimiento abreviado, e innecesario sería sentar desde ahora que ello se produce particularmente en la fase de instrucción, pero también se dan en la fase intermedia y hasta en la del juicio oral respecto a la sentencia de conformidad, como ya se apuntó antes y enseguida veremos.

La fase de instrucción, que como es sabido, en nuestro derecho tanto puede iniciarse a instancia de parte como de oficio, aunque tras la reforma hecha por la Ley 3/1989 los supuestos de instancia del ofendido o perjudicado son cada vez mayores, los indicios están ya presentes desde el instante mismo del inicio, para admitir la denuncia o la querella y hasta para cumplir el Juez de Instrucción con la prescripción de inmediatamente de tener la *notitia criminis* que acuerde la incoación (art. 308), pues para ello ha de apreciar que el

hecho denunciado “reviste carácter de delito” como dice el art. 26, o que la noticia de la perpetración del delito ha llegado con indicios de veracidad. E incluso antes de la incoación propiamente dicha, si la Policía Judicial en su función de averiguación, o el Ministerio Fiscal al llevar a cabo las diligencias de comprobación que precisamente en el procedimiento abreviado le encomienda el art. 785 bis (de forma más explícita pero en la línea ya marcada desde 1882 por el art. 287), interesan del Juez de Instrucción el oportuno mandamiento para una entrada y registro o la intervención de comunicaciones o documentos, dicho mandamiento sólo podrá expedirse previa la aportación por aquéllos de los oportunos elementos indiciarios que motiven su expedición judicial, pues claramente el art. 579 le indica al Juez que podrá acordarlo “si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Iniciada la instrucción, con la finalidad ya indicada de preparar el juicio oral tutelando el derecho a ser sometido a juicio cuando esté ello debidamente justificado, en el triple contenido de averiguar el hecho delictivo con sus circunstancias, hacer constar o reunir el necesario material probatorio, y adoptar las oportunas medidas de aseguramiento de personas y cosas, como se sintetiza en el art. 299, y se reafirma en el número 3 del art. 789 en relación con el 785, el primero referente al sumario y los segundos a las diligencias previas del procedimiento abreviado, aunque en estas últimas con un explícito propósito de simplicidad bajo la expresión de “diligencias esenciales” empleada por dicho precepto, unido además a la previsión legal nada desdeñable de practicarse “sólo en el caso de que las diligencias del atestado no fueran suficientes para formular acusación” (con lo que el legislador, igual que diera a entender con el viejo texto del art. 622, parece atribuir en ellos una finalidad meramente acusatoria a la instrucción, cuando como hemos dicho está sobre todo en tutela de derechos), para luego dejar realmente en su verdadero cometido la instrucción al proseguir el precepto que también se practicarán diligencias por el Juez o las ordenará a la Policía Judicial cuando hubo denuncia o querella, es decir, cuando en definitiva se acude ante el Juez ejercitando la acción penal (que como es sabido en nuestro Derecho no corresponde sólo al Ministerio Fiscal sino a los ciudadanos tal como prescribe el art. 125 de la Constitución en relación con el 101 y 270 de nuestra L.E.Cr.), la apreciación de los indicios se produce en el nombrado triple contenido de averiguación, constancia y aseguramiento, que muy resumidamente comprendemos en lo siguiente, respecto a las medidas de aseguramiento:

a) mandando comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas “algunas indicaciones fundadas de culpabilidad” (art. 488).

b) mandando detener cuando tenga “motivos racionalmente bastantes para creer” en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él (art. 492).

c) decretando la prisión provisional cuando, junto a la constancia del hecho delictivo y las penas señaladas o circunstancias de antecedentes, alarma social o frecuencia, “aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503, en relación con la regla 8 del art. 785 ya nombrado).

d) mandar prestar fianza para asegurar las responsabilidades pecuniaras “cuando resulten indicios de criminalidad contra una persona” o cuando “aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero” (arts. 589 y 615).

Respecto a las diligencias de averiguación y constancia, cabe también citar resumidamente las siguientes:

a) sometimiento a observación médica “si el juez advierte en el procesado indicios de enajenación mental” (art. 381).

b) decretando la entrada y registro en edificios y lugares públicos, o en cualquier edificio o lugar cerrado que constituya domicilio “cuando hubiere indicios de encontrarse el procesado o efecto o instrumentos del delito, o libros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación” (arts. 546, 550, ello aparte de la denominada causa legítima para la entrada y registro prevista en el art. 21 de la nueva Ley de protección de la seguridad ciudadana de 21 de febrero de 1992 mediante el “conocimiento fundado que lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito” en materia de narcotráfico, igual que el requerimiento para ser identificado en dependencia policial, regulado en el precepto anterior al citado, en la referida ley especial).

c) la orden de registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona “cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa” (art. 573).

d) el acordar la detención de correspondencia privada, postal o telegráfica ya comentada “si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación...” (art. 579).

En fase intermedia, comprendida como expone el común de la doctrina, desde la llegada del sumario a la Audiencia hasta que ésta decide sobre la apertura del juicio oral, dos son los supuestos principales que el legislador dedica a los indicios que van a provocar la terminación del procedimiento por sobreseimiento del mismo, aunque a contrario sensu, de darse positivamente, motivarían la prosecución del mismo. Tales supuestos son:

a) el sobreseimiento libre, con terminación definitiva del procedimiento y posibilidad incluso de recurso de casación, “cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa” (art. 637).

b) el sobreseimiento provisional, con posibilidad por tanto de reapertura del procedimiento, “cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa” o “cuando no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores” (art. 641).

Finalmente, en lo que respecta a la fase ya de juicio oral, ante los dos supuestos de conformidad con la acusación, que se contemplan sobre todo en los artículos 655 y 694, los indicios existentes en la causa han de ser determinantes no sólo para que se produzca la conformidad del acusado y su letrado defensor, sino para que el Tribunal acuerde la continuación del juicio si estima que a la calificación acusatoria efectuada corresponde una pena mayor (igual que ante la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, el art. 642 faculta al Tribunal para hacerlo saber a los interesados con el fin de que puedan comparecer a defender la acción penal, además de acudir al Fiscal jerárquicamente superior).

Todos esos supuestos de expresa referencia legal a los indicios, que desde luego no son los únicos, y sobre todo están además en otras muchas disposiciones, como sería la muy significativa del art. 406 referente a seguirse practicando diligencias “a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”, son de aplicación al procedimiento abreviado, omitiendo deliberadamente el supuesto quizá más significativo de los “indicios racionales de criminalidad” conducentes a declarar procesada a una persona, como prescribe el art. 384, como institución genuinamente española, que pese a sus detractores, tuvo la gran significación de entrañar una expresa llamada al ejercicio del derecho de defensa en tiempos en que el mismo era prácticamente inexistente ante la ausencia de proclamaciones interna-

cionales y constitucionales que hoy lo reconocen y garantizan. La omisión se realiza porque ninguna referencia al procesamiento hay en la normativa del procedimiento abreviado como no sea lo que en el próximo apartado hemos de comentar. En su lugar, como es sabido, se habla de imputado, sin formalidad alguna, que ha provocado que la jurisprudencia sienta que ha de partirse de la existencia de imputación anterior a la formulación de acusación que evite la indefensión, que precisamente el procesamiento también soslayaba al no poderse acordar la apertura del juicio oral sin que hubiera persona procesada.

III. LAS ESPECÍFICAS PREVISIONES DE INDICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

a) En fase de instrucción o diligencias previas.

Además de todos los supuestos anteriormente comentados, derivados de la normativa del procedimiento común ordinario, la presencia de los indicios cobra especial singularidad a la hora de la conclusión de las diligencias previas, regulado ello en el número 5 del artículo 789, pues evidentemente las diferentes opciones que dicho precepto ofrece al Juez de Instrucción para remitir las mismas a juicio de faltas, a la jurisdicción militar o de menores, cuando no al archivo por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o no haber autor conocido, son todos supuestos que derivan de los datos indiciarios aportados a las diligencias.

E igualmente si acuerda seguir el Juez por el procedimiento ordenado en el capítulo II de la preparación del juicio oral, ha de ser precisamente porque los indicios existentes así lo aconsejan, desechando las anteriormente nombradas opciones, a las que habría de añadirse la relativa a que por ser el hecho de la máxima gravedad, con pena prevista legalmente superior a los doce años de privación de libertad, habría el Juez de acomodar el procedimiento al común ordinario, tal como al respecto se previene también en el nombrado artículo 780.

Pero aún en esta fase hay otra previsión legal de singular importancia por lo novedosa, y es la que al objeto de lograr la máxima aceleración en el procedimiento, se contempla en la regla 5ª de ese nombrado número 5 del art. 789, cual es la del supuesto en que el imputado reconoce los hechos que se le imputan y por no rebasar los mismos el ámbito competencial del Juzgado de

lo Penal (en general pena inferior a seis años) solicita juntamente con su Letrado defensor y el Ministerio Fiscal la remisión de las diligencias a dicho Juez de lo Penal, en una especie de juicio *per saltum*, sin fase intermedia alguna, que precisamente es la materia que trata de desarrollar con mayor precisión si cabe la nueva reforma procesal penal que con el calificativo de urgente está en trámite parlamentario.

Pues bien, en este supuesto de petición de ir directamente a juicio oral ante el Juez de lo Penal, el Juez de Instrucción ha de contar necesariamente con los indicios existentes en las actuaciones para acceder o no a ello, desde el momento de que como no podía ser menos aquella petición no es vinculante, sino sometida a la tutela jurisdiccional, de la que tampoco habrá de estar del todo ausente la ya citada norma del art. 406 relativa al convencimiento de la verdad de lo reconocido por parte del Juez de Instrucción, que es también de aplicación supletoria por la remisión del citado art. 780.

b) En fase intermedia de preparación del juicio oral.

En esta fase, donde en el procedimiento abreviado se regula la formulación de la acusación provisional y la decisión sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, también evidentemente los indicios han de ser determinantes de una u otra resolución, y tal es así que como ya adelantamos, es aquí precisamente donde la ley hace expresa mención a los indicios racionales de criminalidad.

Dos aspectos, es preciso tratar previamente, aunque sea de forma muy somera. Uno, relativo a que en este procedimiento, la competencia de la denominada fase intermedia no corresponde a la Audiencia Provincial como el procedimiento común, sino al mismo Juez de Instrucción, con lo que por un lado decide si la instrucción por él ordenada es suficiente (conformidad con la terminación del sumario nos dice el art. 627 para aquel procedimiento) y por otro si acuerda la apertura o no del juicio oral. El otro aspecto se refiere a la doble oportunidad que el legislador da al Juez de Instrucción de sobreseer las actuaciones, primero al finalizar las previas como ya vimos en el apartado anterior (aunque la remisión al archivo que hace el precepto para muchos autores no equivale al sobreseimiento libre, pero aunque así fuera, el mismo precepto habla expresamente de sobreseimiento provisional como no puede desconocerse), y segundo el poder optar entre la apertura del juicio oral que se le solicita o el sobreseer, de que enseguida nos ocuparemos.

Por lo demás, dejar constancia también de que al comienzo de esta fase, la ley previene la práctica de nuevas diligencias de evidente carácter instructo-

rio, a petición de las acusaciones, “con carácter imprescindible para formularla”, lo cual si bien puede suponer el acopio de nuevos indicios que bien pueden hacer cambiar de criterio al Juez que acuerda continuar el trámite de preparación para luego decidir la no apertura, es precisamente la ausencia de la defensa la que parece no dar pie a así entenderlo, frente a lo cual ha salido al paso la jurisprudencia en sentencias como la de 17 de abril de 1989 para establecer la necesaria intervención de la defensa del imputado en evitación de su indefensión (previsión esa de las diligencias complementarias que pese al carácter vinculante que parece dar el n° 2 del art. 790 cuando son pedidas por el Ministerio Fiscal, frente a la mera procedencia que menciona al ser pedidas por la acusación particular, es claro que por exigencias del principio de legalidad siempre cabría su rechazo de no ajustarse a lo que el propio precepto determina para su práctica).

Mas, como decíamos, es en esta fase intermedia donde al resolverse por el Juez de Instrucción sobre la apertura del juicio oral, el mismo cuenta además con el conocimiento de los escritos de acusación, y por tanto al resolver realiza lo que muchos denominan el juicio sobre la acusación, que ha de tener como punto de referencia los indicios existentes en las diligencias, lo cual algunos comentaristas critican por suponer una excesiva facultad en el Juez que no va a fallar, y por el carácter más parco o esencial que el art. 789 otorga a las diligencias previas frente a lo que las partes puedan reservarse para el juicio oral, con olvido, tales críticas, de que con ello se da al Juez la posibilidad de garantizar que nadie sea sometido a juicio sin fundamento, desechando así incluso la acusación del Ministerio Fiscal, pues como con verdadero acierto consigna la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado “es lo cierto que los principios de legalidad e imparcialidad aseguran la objetividad del Fiscal pero lo que no aseguran es su infalibilidad, y por ello, al igual que para corregir los posibles errores del Juez, también objetivo e imparcial, se arbitra en la ley un sistema de recursos, aquélla debe prever un mecanismo que remedie los posibles errores del Fiscal al evaluar los elementos de que dispone para ejercer la acusación”. Y ello es lo que también hace el legislador al disponer que el auto denegando la apertura es apelable; en cambio, muchos son también los que echan de menos el que no sea recurrible la decisión de apertura.

Presentado pues al Juez el escrito de acusación y solicitud de apertura del juicio oral, el nombrado número 6 del art. 790, indica al Juez en su párrafo primero que así lo acuerde, para añadir la salvedad de lo contrario precisamente si “no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado” o por no ser el hecho constitutivo de delito (que es el texto del número 2 del

art. 637 al que literalmente alude el precepto, por otra parte coincidente también con el texto del artículo 848 en que se autoriza el recurso de casación contra el sobreseimiento libre cuando “alguien se hallare procesado como culpable de los hechos sumariales”, como agrega por último).

Con lo transcrito del número 6 del citado art. 790 vemos entonces que el legislador para facultar al juez a denegar la apertura del juicio oral emplea exactamente la misma expresión que la utilizada en el procedimiento común ordinario para declarar procesada a una persona según el art. 384 párrafo primero, esto es la existencia de “indicios racionales de criminalidad”, y con ello vemos que además de esa expresa referencia a los indicios (reforzada con la calificación de que sean racionales incorporada precisamente en la Ley de 1882, a diferencia de la omisión que al respecto se contenía en la primera de 1872), y precisamente por ellos, es en lo que la ley toma como punto de referencia para filtrar el que en definitiva se llegue o no al juicio oral en uno y otro supuesto. En efecto, en el procedimiento ordinario, sin esos indicios racionales no cabía el procesamiento y sin éste no podía abrirse el juicio oral. Ahora, en el procedimiento abreviado, aunque no hay en él expresa referencia al procesamiento sino a la genérica imputación ya comentada, el juez no obstante, de no apreciar los repetidos indicios racionales, no acuerda la apertura del juicio oral. La contemplación de los indicios racionales se mantiene, la decisión judicial de ir o no al juicio oral, como tutela jurisdiccional del derecho a ser sometido a juicio sólo cuando hay base seria para ello, subsiste, aunque ahora, por la esencial simplificación del procedimiento abreviado, la decisión se adopta sin el paso intermedio del procesamiento, que desde luego tuvo siempre mala prensa y por ello mismo autores como Fenech opinaban que debía cambiársele de nombre aunque no desaparecer, convencido de la función depuradora que entrañaba. Ahora, como hemos dicho, no está previsto legalmente el procesamiento en el procedimiento abreviado, por más que algún comentarista llegue a sustentar su viabilidad con base en la remisión supletoria a las normas comunes del comentado artículo 780, lo cual parece excesivo por lo específico de la institución, pero en cambio no cabe duda que ese cometido garante del innecesario enjuiciamiento sí que persiste en la valoración jurisdiccional de los indicios racionales de criminalidad, que como también comenta Prieto Castro, han de entenderse propiamente como indicios racionales de participación en la comisión de un hecho delictivo.

Por otra parte, al agregar el precepto que comentamos que denegada la apertura del juicio oral el Juez de Instrucción acordará el sobreseimiento que

corresponda, conforme a los artículos 637 y 641, pese al amplio contenido que estos artículos tienen, en su modalidad de sobreseimiento libre y provisional ya comentada, particularmente de no haber motivos suficientes para acusar a determinada persona o de no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (significando, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de octubre de 1988 “que provisionalmente no se han acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, los elementos configuradores de los tipos penales, y por ello suspende el procedimiento, pero no descarta que nuevos elementos de comprobación puedan hacer variar la consideración jurídica de las conductas enjuiciadas”), el sobreseimiento que el Juez acuerda no puede comprender la totalidad de los supuestos de aquellos preceptos, como lo evidencia que el propio art. 790 en su número 3 hace expresa exclusión de las exenciones de responsabilidad criminal de los números 1, 3, 7 y 10 del art. 8 del Código Penal (enajenación mental, graves alteraciones de percepción, estado de necesidad y miedo insuperable) dado que como comenta Almagro Nosete, no pueden sustraerse al control del juicio oral, y de ahí que los indicios en torno a tales eximentes precisan en todo caso convertirse en verdaderas pruebas en el juicio oral, con lo que se subsana expresamente la omisión habida al respecto en el procedimiento común.

c) En fase de juicio oral, tras conformidad con la acusación.

Como otra modalidad de simplificación del trámite, además del ya comentado supuesto del reconocimiento de los hechos en diligencias previas, que como veíamos puede originar el juicio oral ante el Juez Penal sin pasar por la fase intermedia, también ante la conformidad con la acusación prestada en el procedimiento abreviado, los indicios reunidos en las diligencias cobran especial significación, bien se produzca esa conformidad en la misma Fiscalía, bien en el escrito de defensa (art. 791-3), bien en la sesión del juicio oral (art. 793-3).

La significación de los indicios entonces, además de poder poner de manifiesto lo erróneo de la acusación y la procedencia de una pena más grave, que por aplicación supletoria del ya comentado art. 655 conduciría a acordar la prosecución del juicio, los indicios ahora se contemplan como indicadores de que el hecho carezca de tipicidad o que pongan de manifiesto la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, en cuyo caso el último de los preceptos anteriormente citados remite al juzgador a que dicte la sentencia que proceda, sin sujeción por tanto a la conformidad sin más del acusado. Ello incluso en los supuestos de pena

que no exceda de seis años, pues como al fin ha aclarado la jurisprudencia, la estricta conformidad con la pena aceptada por las partes de que habla *in fine* el párrafo primero de ese número 3 sólo lo ha de ser respecto al hecho aceptado, como el propio precepto contribuye a entender cuando habla de “a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes”, tras decir anteriormente que la acusación presentada en el acto “no podrá referirse a hecho distinto” (sentencias, entre otras, de 17 de junio de 1991 y 13 de octubre de 1991, ambas de nuestro Tribunal Supremo).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los indicios de que con tanta frecuencia nos habla el legislador en el procedimiento común por delitos, particularmente en la instrucción sumarial, como manifestación de datos reveladores de la sospecha imputando la participación en la comisión de un hecho delictivo, que no todavía pruebas obtenidas de la confrontación de las partes, sobre los que el juzgador basa las más diversas resoluciones tanto referidas a la actividad esclarecedora como a la adopción de medidas cautelares, tutelando siempre los derechos de las personas implicadas en el proceso, tienen también vigencia en el procedimiento abreviado, a pesar de la mayor simplicidad y reducido contenido que el legislador ha querido darle, muchas veces más aparente que real, estando presentes no sólo en la actividad procesal desplegada en fase de instrucción de diligencias previas, sino en la fase intermedia de preparación del juicio oral y hasta en éste en los casos de conformidad con la acusación, y ello no como mera aplicación supletoria de las normas comunes a que se remite el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino por expresa referencia a ellos incluso, como hace particularmente a la hora de decidir el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, en fase intermedia, como tamiz frente a acusaciones infundadas, en sustitución del análogo cometido que en el procedimiento común ordinario cumplía y sigue cumpliendo nuestro genuino auto de procesamiento.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMAGRO NOSETE y otros. *El Nuevo Proceso Penal*, Tirant lo Blanch. 1989.

FENECH. *El Proceso Penal*. Agesa. 1982.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE. *Derecho Procesal Penal*. Agesa. 1987.

PRIETO CASTRO. *Derecho Procesal Penal*. Tecnos. 1982.

SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal*. E. Ariel. 1969.

EL AUTOR: *Revista Foro Canario* n° 76, “Nueva reforma del título III del Libro IV de nuestra L.E.Cr. 1989”; n° 80, “La contradicción en la fase de instrucción del proceso penal”.

Revista Actualidad Penal n° 36, “Instrucción Penal y derecho a la tutela judicial efectiva, 1990”. N° 8, 1992, “Conformidad y sentencia en el Proceso Penal”.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL Y ESPECIALMENTE EN LOS DE MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ OJEDA
MAGISTRADO DE JUZGADO DE LO SOCIAL

¿Puede el art. 69 de la Ley General de la Seguridad Social —Decreto 2.065/1974 de 30 de mayo— ser norma justificadora para imponer al Juzgador la práctica de Diligencia para mejor proveer?

Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social en Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 7 de febrero de 1992 en recurso de suplicación 5/92.

En los párrafos finales del fundamento de Derecho segundo de la sentencia comentada se dice textualmente: “No parece procedente el guardar el orden de los hechos de la demanda y resolver ésta en base exclusivamente en el artículo 1.214 del Código Civil, cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social que constituyen derecho público irrenunciable según el artículo 69 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo derecho debe quedar determinado o rechazado tras adecuada acreditación, por lo que el Magistrado debe hacer uso de las diligencias para mejor proveer cuanto sea necesario a tenor del artículo 88 de la Ley de Procedimiento Laboral y con las consecuencias que su párrafo 2 determina”.

El art. 69 de la LGSS dispone la nulidad de pactos individuales o colectivos por los cuales el trabajador asuma la obligación de pagar la prima o parte de cuota a cargo del empresario y en lo que aquí interesa “o renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley”.

Inicialmente es apreciable que el artículo 69 de la LGSS trata de derechos y que las diligencias para mejor proveer art. 88 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación asimismo con el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil están establecidas para completar hechos, y luego con base a hechos probados sí podríamos aplicar el pertinente derecho.

El proceso laboral está regido en general por los principios dispositivo y de aportación de parte proporcionando al Juez el material probatorio necesario, y aunque hay indicios en algunos casos del principio inquisitivo, deben fijarse los límites y efectos de la intrusión de un principio de inquisición de oficio en un proceso gobernado por el principio dispositivo.

Como dice Manuel Iglesias Cabero, las partes tienen un poder casi absoluto del proceso, al menos en lo esencial, como puede ser su iniciación, objeto que se va a debatir, personas contra quienes se dirige, aportación de pruebas y aun si el pleito se ha de recibir o no a prueba, pues bien pueden las partes estimar innecesaria aquélla y pedir que se dicte sentencia sin más, e incluso después de comenzado el proceso la parte demandante sigue disponiendo del mismo, en términos que le permiten desistir, transigir o renunciar y al demandado le corresponde la facultad de poner fin al proceso allanándose o incluso, de ampliar el objeto procesal mediante la reconvencción.

Álvarez de Miranda en su artículo *Diligencias para mejor proveer; particular consideración en el proceso laboral* —*Actualidad Laboral* 1986— nos habla de que la colaboración entre las partes y el órgano jurisdiccional se diversifica entre las distintas fases del proceso —expositiva, probatoria y decisoria—, correspondiendo a las partes la introducción de datos fácticos y la prueba de los mismos y al Juzgador la decisión según lo alegado y probado por aquéllas, limitándose la función del juez a recibir los hechos y el material probatorio y valorarlo después, ni el juez puede fundar su decisión en otros hechos ni prescindir de los que las partes sometan a su juicio y nos menciona los brocardos, “Da mihi factum, dabo tibi ius”, “Judex iudice secundum alegata et probata partium”, “Ne procedat iudex ex officio”, “Quod non est in actis non est in mundo”, como expresivos de los principios dispositivo y de la aportación de parte y concluye expresando que quizá la mayor excepción al principio dispositivo se encuentre en que el Juez mediante las diligencias para mejor proveer

completa su convicción sobre los hechos a través de ciertos actos o diligencias, lo que no debe confundirse con aportación oficial de pruebas: se trata de pruebas complementarias y no sustitutivas de la actividad probatoria de las partes.

Expuesto lo anterior es preciso tener en cuenta que el art. 69 de la Ley General de la Seguridad Social que utiliza la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en Las Palmas para justificar la imposición al Juez de instancia de diligencia para mejor proveer, es una norma que remarca especialmente el carácter tuitivo del Derecho laboral, pero dicho carácter sólo puede tener cabida en la interpretación del Derecho pero no en la acreditación de los hechos.

Conviene señalar al respecto que el carácter tuitivo del Derecho material subyacente, si bien obliga al Juzgador a aplicar la norma laboral sustantiva bajo la vigencia del principio “pro operario”, sin embargo, dicho principio en virtud de lo establecido en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, sólo es válido para la interpretación y aplicación del Derecho, pero resulta inadecuado para la fijación o determinación de los hechos, esto es, sólo tiene efectividad cuando exista o surja alguna duda racional en cuanto a los efectos jurídicos derivados de una determinada situación fáctica, no operando en consecuencia como regla de juicio respecto a la apreciación de la prueba (STS de 10 de noviembre de 1989 Ar. 8.037) y menos aún para la aportación más o menos amplia y efectiva de ésta al proceso.

Baltasar Rodríguez Santos, en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, manifiesta que en el proceso civil al igual que en el laboral rige de forma estricta el principio de rogación, en virtud del cual las partes son las únicas que pueden hacer la proposición de prueba y solicitar su práctica, no obstante esta norma tiene una excepción en virtud de la cual cuando el Juez sentenciador antes de poner la sentencia observe que ha quedado algún punto oscuro, bien porque las partes no le prestaron atención o bien por insuficiencia de la prueba practicada, el artículo 340 de la LEC autoriza al Juzgador para ordenar la práctica de la prueba que crea conveniente. En este artículo no se contempla pues una potestad del tribunal para suplir la omisión o negligencia de las partes sino que esta facultad viene configurada en favor del espíritu de justicia que preside todo el proceso para que practique aquellas pruebas que crea necesarias para el mejor conocimiento de los hechos objeto del litigio.

En el proceso civil la doctrina jurisprudencial es suficientemente explícita y precisa, y por no remontarnos en el tiempo, sino analizando la moderna interpretación de la norma, apreciamos cómo para el Tribunal Supremo Sala 1ª en su sentencia de 21 de septiembre de 1991: “Las providencias sobre

diligencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio a efectos de recurso de casación, puesto que su práctica es facultad exclusiva del Juez, y por tanto son ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, que es pauta general del ordenamiento (cfr. TS. s. 24-4-89). La práctica de las diligencias para mejor proveer debe realizarse inspirada por la moderación y evitando suplantar la negligencia de la parte”.

Acordar o no la práctica de una diligencia para mejor proveer es facultad del Juzgador de instancia, sin acceso a la casación, no permitiendo la ley recurso alguno contra tales providencias (Cfr. TS. ss. 15-1-49; 31-10-63; 2-4-82 y 3-12-85).

Entrando ya en el campo del proceso laboral, Alonso Olea, pág. 233, tomo VI, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, expone su criterio de que “finalmente en cuanto a la práctica de prueba como diligencia para mejor proveer, su carácter discrecional es evidente conforme al art. 88 LPL”, es decir la diligencia para mejor proveer nunca puede serle impuesta al Juzgador ni por las partes ni por el Tribunal jerárquicamente superior.

Hemos de reiterar que la diligencia para mejor proveer, tal cual aparece de la vigente legislación, no puede serle impuesta al Juez de instancia de lo Social puesto que es una potestad discrecional del juzgador según tenor literal del art. 88-1 de la LPL contra la que no cabe recurso alguno y por supuesto tampoco se da contra la denegación de la prueba que se haya podido pedir por las partes con este carácter —sentencias TS de 5 y 9 de octubre de 1989 (Ar. 7.112 y 7.127)—.

El artículo 88 de la LPL y el art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hablan de que el Juez “podrá” acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para mejor proveer, y el verbo empleado tiene sentido facultativo y no imperativo.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 20 de noviembre de 1989 es concluyente en cuanto a lo que hemos manifestado cuando dice: “Es doctrina reiterada de la Sala que la decisión sobre la práctica de la diligencia para mejor proveer (decisión contra la que no se da recurso alguno —art. 87-3 LPL—) queda al arbitrio discrecional del Juzgador, sin que el ejercicio que el mismo haga de esta facultad sea controlable en casación —cfr. TS. ss. de 21-5-86; 30-6-87; 18-3-88 y 9-2-89—, añadiendo el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de febrero de 1989, que “las diligencias para mejor proveer de la

Ley de Procedimiento Laboral se configuran como una decisión sobre ampliación de la prueba, que corresponde discrecionalmente al Juzgador de instancia y frente a cuyo criterio no cabe recurso alguno”.

La discreción del juzgador debe ser guiada por el principio de que él no debe suplir lo que pudo y debió hacer la parte, esto es aportar las pruebas que convinieran a su derecho; sino que las diligencias han de servirle para solventar sus propias dudas frente al material probatorio ya aportado, o confirmar o desmentir algún extremo importante de éste.

El Juez no puede ni debe suplir una actividad de la parte que a aquélla sólo incumbía desplegar, por ello cuando la parte por desidia o ignorancia, no propone prueba o la que propone es tan escasa e inocua para el fin que pretende, el Juez de lo Social a pesar del carácter tuitivo del Derecho laboral que no debe informar la proposición de prueba, no puede convertirse en el subsanador de una actividad ni en el aconsejador jurídico de la parte en cuanto a cuál es la prueba más conveniente para su pretensión, puesto que la imparcialidad del Juez es algo que subyace en el artículo 117 de la Constitución, cuando establece que la justicia se administra por Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, por ello entendemos que no es posible sin vulnerar la Constitución, al amparo del artículo 69 de la Ley General de la Seguridad Social imponer al Magistrado de lo Social, el que acuerde diligencias para mejor proveer, puesto que aquél es independiente para acordar aquéllas o no, pues debe evitar traer al proceso pruebas que ni siquiera la parte ha alumbrado, sino aquellas que le sirvan para aclarar, completar o reafirmar su convicción sobre el caso enjuiciado, ya que como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 129/1988 de 28 de junio, el principio de tutela efectiva y de interdicción de la indefensión no ampara la desidia, errores o inactividad procesal de las partes, por lo que estimamos nosotros, que no se debe amparar la últimamente prolífera actitud de algunos defensores de las partes, que las más de las veces por comodidad y otras por falta de conocimiento y preparación del tema que defienden, prácticamente no proponen prueba alguna o de tan escasa utilidad, pretendiendo que sea luego el Juzgador quien no sólo practique para mejor proveer pruebas que avalen la pretensión de la parte sino que además sea el propio Magistrado quien determine qué tipo de pruebas sean las más interesantes, convenientes o adecuadas, para el fin que la parte persigue, lo que es totalmente inadmisibles dada la imparcialidad que debe regir la actuación del Juzgador, puesto que si éste suplantara la actividad de la parte ya no sería tan imparcial

y además podría producir indefensión a la contraria, que se encontraría en el último momento y ya sin posibilidad alguna de contrarrestar, con una prueba que bien pudiera hacer decaer su defensa que además organizó con base a la pretensión de la contraparte y medios probatorios propuestos por aquélla, y así el Tribunal Supremo va más lejos en sentencia de 30 de junio de 1986 Ar. 3.756 razonando “que no se había protestado contra la no práctica de la prueba en principio admitida, lo que suponía una denegación tácita contra la que tampoco se protestó” y continúa diciendo que “la práctica de cualquier prueba para mejor proveer es discrecional del Juez aunque la parte la solicite como para mejor proveer”.

Es decir: para el Alto Tribunal, incluso aunque la parte haya solicitado del Juzgador la práctica de una o varias pruebas para mejor proveer, no es suficiente como para imponer al Juzgador la aprobación de aquéllas y su efectiva realización, pues en definitiva ello quedará siempre a la discreción y ponderación del Magistrado, quien si lo estima pertinente y para completar o esclarecer los hechos podrá acordar tales diligencias, por lo que entendemos que el Magistrado debe ser muy prudente a la hora de acordar diligencias para mejor proveer, acordando sólo y en muy contadas ocasiones las estrictamente necesarias para completar o aclarar los hechos que las partes previamente hayan al menos en parte o indiciariamente probado y le sean necesarias para tomar una decisión, por lo que es preciso volver a insistir en que son los defensores de las partes y no el Juzgador quienes deben aportar al proceso el material probatorio en el juicio o antes de la celebración del mismo, pues esto último es una facultad que les concede el artículo 78 de la Ley de Procedimiento Laboral para el caso de pruebas que no puedan ser realizadas en el acto del juicio o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento y que los defensores deben utilizar con la frecuencia que sea preciso, aportación de pruebas que por otra parte les viene impuesta a las partes por el artículo 82-2 de la LPL cuando expresa que los litigantes han de concurrir al juicio *con todos* los medios de prueba de que intenten valerse.

Refiriéndonos ahora a los procesos en materia de la Seguridad Social o Desempleo, la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 141 dispone que al admitirse a trámite la demanda se reclamará de oficio a la entidad gestora la remisión del expediente y en su caso informe de los antecedentes, disposición que en la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1980, fue interpretada por los Tribunales de forma concluyente, hasta el punto que el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de octubre de 1981 y el Tribunal Central de Tra-

bajo en las suyas de 18 de febrero y 8 de marzo de 1985 se pronunciaron por la nulidad de actuaciones ante la falta del expediente administrativo, con la excepción de cuando sea la propia parte demandante la que aporte los antecedentes fácticos esenciales ante la omisión de la Entidad Gestora —sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1983—; pero el nuevo artículo 142-1 de la Ley de Procedimiento Laboral —Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril— obliga a celebrar el juicio en el día señalado, aunque la entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o su copia, salvo que justificara suficientemente la omisión, lo que en la práctica implica una anulación de la doctrina anteriormente aplicable ya que ahora no se puede decretar la nulidad de actuaciones por la falta en el juicio del expediente administrativo, pues aun no siendo remitido éste, el juicio tiene que celebrarse, ya que la Ley prevé otros mecanismos para evitar las dilaciones y entorpecimientos que puedan provenir de la burocracia de las entidades gestoras, como ya más adelante se explicitará.

El número 2 del mencionado artículo 142 está informado del principio dispositivo que obliga a la parte a la proposición y aportación de las pruebas, cuando expresa que “si al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines, podrá solicitar la suspensión del juicio para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días”, por lo que no le es dado al Magistrado suspender el juicio de oficio por la falta del expediente administrativo, ya que esa facultad de solicitud sólo la tiene la parte, por lo que entendemos que si en el acto del juicio la parte interesada no pide la suspensión del juicio para reclamar el expediente, es que éste no le es necesario o no le conviene a sus intereses (verbo convenir que emplea la ley en el sentido de provechoso o útil) y el Magistrado debe dictar sentencia con el material probatorio aportado, no debiendo salvo muy escasas excepciones acordar para mejor proveer la reclamación del expediente administrativo pues para ello la ley ha fijado el momento y el trámite pertinente, y el Juzgador no puede convertirse en el subsanador de los errores tácticos o procedimentales de la defensa ni en el asesor jurídico de ésta.

En todo caso si la parte demandante en el momento procesal oportuno solicitó la suspensión del juicio para que se reiterara la orden de remisión del expediente administrativo, el Magistrado así lo debe acordar al objeto de no producirle indefensión, si careciera en autos de otras pruebas que puedan suplir la falta de dicho expediente, por lo que si llegada la nueva fecha del juicio el expediente no se hubiera remitido, el Juzgador, sin necesidad de acordar nin-

guna prueba para mejor proveer en cuanto a lo que en el expediente se contiene podrá tener por probados aquellos hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél, al preverlo así el apartado 3 del mencionado artículo 142 de la LPL, todo lo cual supone en conclusión que dados los mecanismos procesales y facultades que la ley de procedimiento otorga a la parte, en estos casos la diligencia para mejor proveer debe acordarse en muy escasas ocasiones y siempre sujeta a la ponderada discreción del Magistrado de lo Social.

Por último, y especialmente con el fin de evitar la anulación de sentencias de los Juzgados de lo Social acordadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, por falta de expresión en aquéllas de algún hecho sobre el que se considere que debió practicarse prueba para acreditarlo o no, o que fuera imprescindible para una correcta resolución del tema debatido, y también con el objetivo de amparar el proceso sin dilaciones indebidas que proclama el art. 24.2 de la Constitución y especialmente la tutela judicial efectiva del art. 24.1, entendemos que si la Sala de lo Social de cualquier Tribunal Superior de Justicia estimare necesario para aclarar, reafirmar o completar hechos, puede si así lo considera conveniente y oportuno, acordar para mejor proveer la práctica de aquellas pruebas que estime le son útiles para tal fin y no anular la sentencia de instancia para que el Magistrado del Juzgado de lo Social deba celebrar nuevo juicio y se aporte luego en aquél, el material probatorio que se precisa, y aunque es notorio lo contrarias que las Salas son a este proceder, es también evidente que con arreglo al artículo 88-1 de la Ley de Procedimiento Laboral, aquéllas tienen tal facultad, pues en dicha disposición se expresa que “el Juez o *Tribunal* podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para mejor proveer”, y por ello el Tribunal Constitucional se encarga de recordárselo a las Salas de lo Social, en su sentencia de 28 de noviembre de 1991, recurso de amparo 1.742/1988 (B.O.E. de 3 de enero de 1992) cuando textualmente afirma:

“Dicha conducta de la parte debió ser corregida por el órgano judicial procurando la aportación de todo el material probatorio, exigiéndoselo así a través de las diligencias para mejor proveer, *también utilizables en el recurso de suplicación*. Al no hacerlo así se ha vulnerado el art. 24.2 en conexión con el art. 24.1 de la Constitución.

Una de las pruebas que en materia de Seguridad Social (incapacidades, altas médicas, enfermedades profesionales, accidentes, etc.) puede y en su caso me atrevería a sugerir, debe usar con más frecuencia el Magistrado de lo

Social como diligencia para mejor proveer y cuando preciso le fuera, es la pericial forense, consistente en reconocimiento e informe del Médico Forense, a la que se refiere el número 2 del artículo 93 de la Ley de Procedimiento Laboral, para lo que determinará día y hora del reconocimiento así como fecha de la comparecencia del Médico Forense al objeto de rendir informe y contestar a las preguntas que el Magistrado o las defensas de la partes estimen conveniente hacer sobre la pericial practicada, y ello por ser el cuerpo de Médicos Forenses uno de los mejores preparados y de criterio más imparcial y objetivo, que con su informe puede completar para el Juzgador el material probatorio que éste necesita para dictar sentencia, sin que ello presuponga ni condicione el libre e independiente criterio del Magistrado a la hora de estimar o no probados unos hechos y con arreglo a ello cuál deba ser el derecho aplicable, así como la facultad que tiene de apreciar la prueba pericial conforme a los principios de la sana crítica.

Concluimos reafirmando nuestro criterio de que el Magistrado de lo Social y en su caso la Sala de lo Social, son soberanos para acordar o no la práctica de prueba para mejor proveer, sin que ello les obligue a convertirse en defensor de la parte (ss. TCT 26 de octubre de 1965), por lo que ningún Juzgador puede ser obligado a ella ni por las partes ni por Tribunal Superior aun cuando se esgriman derechos públicos irrenunciables, puesto que en definitiva la finalidad de la diligencia para mejor proveer es completar o esclarecer la prueba ya practicada sin que afecte al derecho público que sigue incólume y por cuanto esa facultad del Magistrado entra dentro de la imparcialidad e independencia que como característica principal de la función de aquél establece el artículo 117-1 de la Constitución.

LA EXENCIÓN GENERAL DE LOS ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE SERVICIO DE VENTA Y POSTVENTA DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES EN LA ESFERA DEL DERECHO COMUNITARIO*

CARMEN ROMERO LIMIÑANA
ABOGADA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EXCLUSIVA Y EL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO DE ROMA.
 - A. Acuerdos prohibidos.
 - B. Exenciones individuales y por categoría.
 - C. Conclusiones en torno al contrato de concesión en exclusiva.
- III. REGLAMENTO (CEE) NÚM. 123/85 DE LA COMISIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 1984, RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO CEE

* Accésit del Premio de Estudios Jurídicos FORO CANARIO, relativo a Juristas.

A DETERMINADAS CATEGORÍAS DE ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE SERVICIO DE VENTA Y POSTVENTA DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES.

- A. Razones que justifican la exención en bloque.
- B. Acuerdos eximidos.
- C. Obligaciones que se benefician de la exención.
 - Asumidas por el abastecedor.
 - Asumidas por el distribuidor.
- D. Condiciones para la aplicación de la exención general.
- E. Casos a los que no se aplica la exención.
- F. Pérdida del beneficio de la exención.
- G. Definición de los conceptos utilizados por el Reglamento.
- H. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Para asegurar la consecución del Mercado Único, principal objetivo de la Comunidad Económica Europea, el artículo 3.f) del Tratado de Roma recoge entre las acciones de la Comunidad: “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común”. Por consiguiente, la libre competencia entre los distintos operadores económicos queda en dicho precepto configurada como un instrumento indispensable para el adecuado funcionamiento y desarrollo del Mercado Común.

Ciertamente, la realización de este gran mercado unificado no sería posible sin la adopción de una política de defensa de la competencia eficaz que, mediante el establecimiento de los mecanismos adecuados, garantice la lealtad de las relaciones comerciales impidiendo la segmentación o fragmentación de los mercados a consecuencia de prácticas comerciales restrictivas.

Así pues, en beneficio de todos los operadores económicos y con el fin de garantizarles una sana competencia empresarial, el Tratado de Roma contiene una serie de normas, de indiscutido efecto directo, encaminadas a tutelar y defender la libertad de competencia dentro del marco de ese gran mercado interior sin fronteras, cuya consecución será una realidad a partir del 1 de enero de 1993. Estas normas de competencia declaran como incompatibles con el Mercado Común y por tanto prohíben, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear de forma apreciable el juego de la competencia dentro del Mercado Común (artículo 85.1) así como el abuso, por parte de una o más empresas de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo (artículo 86.1). Se observa, pues, que los citados artículos 85 y 86 del Tratado persiguen el objetivo de mantener una competencia efectiva en el Mercado Común, prohibiendo todas aquellas conductas incompatibles con la libertad de competencia.

A la enorme importancia que la aplicación del Derecho Comunitario sobre libre competencia tiene en la ordenación del Mercado Común responde el tremendo desarrollo tanto legislativo como jurisprudencial de esta rama del Derecho Comunitario Europeo, constituida no sólo por los citados artículos del Tratado, sino también por la ya abundante jurisprudencia del Tribunal de

Justicia de la Comunidad, además de los varios Reglamentos comunitarios y las Decisiones de la Comisión. Bajo el ámbito de toda esta normativa —artículos del Tratado, jurisprudencia y derecho derivado— recae, entre otros numerosos acuerdos o convenios, el contrato de concesión mercantil. Así pues, si un empresario de la Comunidad, al objeto de procurarse nuevos mercados geográficos en donde vender sus productos, decide concluir un acuerdo de concesión con otro empresario de otro Estado Miembro, reconociéndole derechos en exclusiva para la distribución y venta de dichos productos en una zona geográfica determinada, el mismo ha de tener necesariamente en cuenta y si no quiere chocar en su transacción con alguna de las reglas comunitarias sobre libre competencia, las sentencias del Tribunal Europeo, los Reglamentos comunitarios y las Decisiones de la Comisión existentes al respecto.

II. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EXCLUSIVA Y EL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO DE ROMA

Dado que los contratos de concesión en exclusiva pueden caer bajo la prohibición contenida en el art. 85.1 del Tratado, afectándoles, por tanto, la nulidad de pleno derecho sancionada en el párrafo 2 de idéntico precepto a menos que la Comisión, por reunir los mismos las condiciones previstas en el párrafo 3 del artículo 85, les haya concedido una exención, considero conveniente y necesario para una mayor comprensión del tema que aquí nos ocupa, efectuar a continuación un previo y muy breve análisis del indicado precepto que dice así:

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) *fixar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*

b) *limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*

c) *repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas;
- que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

A. Acuerdos prohibidos

Como puede verse, la prohibición contenida en el precepto transcrito alcanza a todo tipo de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”, es decir, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y por consiguiente escapan a la prohibición del artículo 85, todos aquellos acuerdos o decisiones que, alterando la competencia, no causan efecto alguno sobre el comercio de los Estados miembros. Así pues, la afectación del comercio entre los Estados miembros es un criterio que sirve para determinar los respectivos campos de aplicación de la normativa comuni-

taria y las correspondientes legislaciones estatales sobre la competencia. Dicha normativa comunitaria sobre la competencia, conforme ha precisado el Tribunal de Justicia, no dejará de aplicarse por el hecho de que los sujetos de la transacción residan en un mismo Estado miembro, ya que, aun cuando el acuerdo sólo se refiera a ese Estado, el mismo quedará prohibido en la medida en que se vea afectado el comercio entre los Estados miembros.

Reunidos estos requisitos previos, para quedar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 85.1 del Tratado, se requiere finalmente que el acuerdo, práctica concertada o decisión tenga por objeto o por efecto la distorsión de la competencia dentro del Mercado Común. En consecuencia, un acuerdo o práctica concertada contraviene el artículo 85 tanto en el supuesto de que tenga por objeto alterar la competencia aun cuando la misma no haya resultado de momento afectada, como cuando produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia aun cuando no sea ése su objeto.

No obstante, así lo ha señalado el Tribunal de Justicia, para incurrir en la prohibición del artículo 85.1 se requiere que la competencia sea impedida, restringida o falseada de *forma sensible*, no incurriendo, por tanto, en dicha prohibición aquellos acuerdos o prácticas concertadas que la afecten de manera insignificante.

Por último, el Tratado recoge algunos ejemplos básicos de esta prohibición y entre éstos incluye a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que, al igual que el contrato de concesión en exclusiva, tienen por finalidad:

- fijar de manera directa o indirecta los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

Así pues, resulta incuestionable que el contrato de concesión en exclusiva entra dentro de los límites de esta prohibición.

B. Exenciones individuales y por categoría

Estos acuerdos, en principio prohibidos por la aplicación del artículo 85.1 del Tratado, podrán, no obstante, beneficiarse de una exención por aplicación del apartado tercero de dicho artículo. Es decir, se concede a la Comisión, y sólo a la Comisión, de las Comunidades Europeas, la facultad de declarar la inaplicabilidad de las prohibiciones a determinados acuerdos que supuestamente anticoncurren, “contribuyan a mejorar la producción o la distribución

de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven, al mismo tiempo, a los usuarios una participación equivalente en el beneficio resultante”.

El reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 adoptado en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, regula en sus artículos 4 al 10 el procedimiento para obtener una exención individual al amparo del apartado 3 del artículo 85. Conforme a su artículo cuarto, apartado primero, “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionadas en el apartado primero del artículo 85 del Tratado... y en cuyo favor los interesados pretendan invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 deberán notificarse a la Comisión. En tanto no se haya notificado no podrá tomarse decisión alguna sobre la aplicación del apartado tercero del artículo 85”. Así pues, la notificación del acuerdo, decisión o práctica concertada se presenta como un requisito previo e indispensable para obtener la exención y consiguiente inaplicación de la prohibición del artículo 85.1 del Tratado, ello siempre y cuando dicho acuerdo no esté incluido en una exención por categoría o en el escaso grupo de acuerdos que no sujetos a notificación recoge el art. 4.2 del Reglamento 17.

En todo caso, conviene recordar que dichas exenciones sobre un acuerdo, decisión o práctica concertada son susceptibles de recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

El beneficio de la exención puede ser también concedido mediante las llamadas exenciones por categoría. Éstas, instrumentadas a través de Reglamentos, declaran la inaplicabilidad de la prohibición del artículo 85.1 a toda una clase, bloque o categoría de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas. Los acuerdos o prácticas incluidos entre los eximidos en bloque y que cumplan los requisitos de la exención por categoría, son válidos y no necesitan ser notificados a la Comisión para conseguir la exención individual.

La Comisión, por delegación del Consejo, ha adoptado varios Reglamentos de exención por categoría.

De esta manera, el contrato de concesión en exclusiva, en principio prohibido por el párrafo primero del artículo 85 del Tratado, podría quedar incluido dentro de este régimen de excepciones a la prohibición y por consiguiente beneficiarse de una derogación individual o por categoría, como así veremos ha ocurrido para determinados tipos de acuerdos de exclusiva.

C. Conclusiones en torno al contrato de concesión en exclusiva

La concesión en exclusiva puede originar una limitación de la competencia, por implicar la misma una restricción a la libertad comercial de los contratos, bien mediante la imposición de un precio de reventa, bien mediante la limitación de zonas geográficas para la exclusiva, en donde el concesionario vende eliminando la competencia o concurrencia de los demás comerciantes a quienes, por tanto, se les priva de una fuente de aprovisionamiento. En resumidas cuentas, suponiendo estos acuerdos una amenaza de limitar o eliminar la libertad de concurrencia y de facilitar el reparto de los mercados, la restricción de la libertad de aprovisionamiento o la imposición del precio y demás condiciones de venta de determinados productos, patente resulta que el contrato de concesión puede, por tanto, contravenir la prohibición contenida en el artículo 85.1 del Tratado y consecuentemente ser afectado por la nulidad sancionada en el artículo 85.2. Ante ello resulta justificada la tremenda vigilancia y atención que desde la creación de la C.E.E. los Órganos Comunitarios han dispensado a este tipo de contratos, tratando de buscar fórmulas que autoricen su utilización dentro de la esfera del Derecho Comunitario sobre libre competencia.

Dada la posibilidad de que este tipo de contratos viole el art. 85 del Tratado, el ya mencionado Reglamento núm. 17/1962 no consideró conveniente exonerarlos de la previa notificación a la Comisión, debiendo por tal motivo todos ellos, siempre y cuando no proceda una exención por categoría, ser notificados a la Comisión a fin de solicitar una exención individual al amparo de lo dispuesto en el art. 85.3 del Tratado de Roma.

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han venido admitiendo que, si bien estos acuerdos pueden facilitar las ventajas exigibles para obtener la exención prevista en el art. 85.3, dicha exención no será bajo ningún concepto aplicable a aquellos acuerdos que concedan al concesionario una protección territorial absoluta (concesiones cerradas), impidiendo las importaciones paralelas. En cuanto a estas concesiones cerradas, como indica Roberto Baldi, “la actitud de la Comisión y del Tribunal de Justicia han sido desde el comienzo de completo disfavor” habiéndose dictaminado “que donde el concesionario está protegido contra las importaciones paralelas por parte de otros concesionarios (en general, distribuidores de otros Estados) o a través de una prohibición por parte del concedente a los otros concesionarios o a través de la creación de condiciones objetivas que hagan de hecho imposibles estas infiltraciones (utilización exclusiva de marca), el juego de la competencia debía considerarse falseado”.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la concesión mercantil juega un importante papel en el campo de la distribución comercial, habiéndose convertido en una fórmula de comercialización muy conocida y practicada en todos los Estados miembros de la Comunidad; que gracias a este tipo de contratos los fabricantes, sin apenas inversiones por su parte, pueden introducir sus productos en nuevos mercados geográficos valiéndose de la experiencia de importadores exclusivos ya establecidos en ellos; que los mismos constituyen un medio que permite a las pequeñas y medianas empresas acceder a un nuevo mercado y afrontar la competencia en los mercados de otros países y que, asimismo, tienen efectos beneficiosos para los consumidores que no sólo pueden procurarse más fácil y rápidamente los productos fabricados en el extranjero, sino que además se les asegura un mejor servicio postventa de mantenimiento y reparación; y, dada la práctica masiva de los mismos y consiguientemente, el gran número de notificaciones que para solicitar la obtención de exenciones a la prohibición del art. 85.1 del Tratado se habían acumulado cerca de la Comisión, el Reglamento 19/65 del Consejo de 2 de marzo habilitó a la Comisión para, por vía de Reglamento, declarar inaplicables las disposiciones del artículo 85.1 a determinadas categorías de acuerdos de concesión en exclusiva en los que participaran dos empresas. La Comisión, en virtud de tal habilitación aprobó el Reglamento 67/67 por el que concedía una exención en bloque a determinados contratos de suministro y aprovisionamiento en exclusiva. Dicho Reglamento fue sustituido por otros tres Reglamentos que contemplan la cuestión separadamente: el Reglamento 1983/83 que concede exenciones en bloque a determinados contratos de distribución en exclusiva; el Reglamento 1984/83 por el que se autorizan determinados acuerdos de aprovisionamiento en exclusiva; y el Reglamento 123/85 de 12 de diciembre de 1984 que autoriza categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles. En relación a este último Reglamento la Comisión ha formulado la Comunicación de 12 de diciembre de 1984.

A pesar del interés relevante de estudiar el contenido de todos los citados Reglamentos, nuestro análisis, tal y como el título que encabeza estas páginas indica, se centrará exclusivamente en el Reglamento núm. 123/85 de 12 de diciembre de 1984 y en la ya referida Comunicación de la Comisión relativa a éste.

III. REGLAMENTO (CEE) NÚM. 123/85 DE LA COMISIÓN DE 12 DE DICIEMBRE DE 1984, RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO CEE A DETERMINADAS CATEGORÍAS DE ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE SERVICIO DE VENTA Y POSTVENTA DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES

Vista la importancia del sector de los vehículos automóviles y la práctica masiva de los acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa celebrados en el mismo, así como las numerosas notificaciones efectuadas a la Comisión en aplicación de los artículos 4 y 5 del ya mencionado Reglamento 17 del Consejo y la experiencia adquirida a raíz de las decisiones individuales pronunciadas en aplicación del artículo 85.3, la Comisión adoptó el día 12 de diciembre de 1984 el Reglamento núm. 123/85, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado C.E.E. a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa celebrados en el sector de los vehículos automóviles. Dicho Reglamento entró en vigor el día 1 de julio de 1985 y será aplicable hasta el día 30 de junio de 1995.

A. Razones que justifican la exención en bloque

Aun cuando estos acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles tienen generalmente como objeto o surten el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del Mercado Común y pueden afectar, en términos generales, al comercio entre los Estados Miembros, en este Reglamento la Comisión, teniendo en cuenta las particularidades de la comercialización en el sector de los vehículos automóviles, da a conocer las razones que justifican la exención en bloque de los acuerdos de distribución exclusiva y selectiva en este sector.

Así pues, la Comisión estima —considerando cuarto del Reglamento— que las cláusulas relativas a la distribución exclusiva y selectiva pueden ser consideradas como racionales e indispensables en el sector de los vehículos automóviles, que son bienes muebles de consumo, de cierta duración, y que necesitan, a intervalos regulares, como en momentos imprevisibles y en lugares variables, reparaciones especiales. A tales efectos, indica la Comisión, los fabricantes de automóviles cooperan con los distribuidores y talleres especiali-

zados para asegurar un servicio de venta y postventa más adaptado al producto. Entiende que tal cooperación no puede extenderse a un número ilimitado de distribuidores y talleres por razones de capacidad y eficacia. Por otro lado, la combinación de los servicios de venta y postventa con la distribución exclusiva y selectiva resulta más económica para los consumidores o usuarios que la disociación de la organización de venta de los vehículos nuevos, por una parte, y la organización del servicio de asistencia al cliente y suministro de las piezas de recambio necesarias, por otra parte, tanto más cuanto que los distribuidores deben efectuar, antes de entregar un vehículo nuevo vendido al usuario final, un control técnico según las instrucciones del fabricante, lo que evidentemente justifica el sistema de distribución selectiva en el sector.

Por consiguiente, la Comisión estima que los sistemas de distribución exclusiva y selectiva permiten una mayor racionalización económica del sector y ofrecen un mejor servicio al consumidor.

En la Comunicación relativa al Reglamento que aquí nos ocupa, la Comisión parte de la idea de que el Mercado Común aporta ventajas a los usuarios europeos y que esto es así especialmente cuando reina una competencia efectiva. Se admite que el usuario se beneficia del hecho de que el servicio de venta y postventa sea llevado a cabo por especialistas.

Al objeto de que el usuario europeo pueda comprar, hacer reparar y mantener un vehículo automóvil en todo el Mercado Común y precisamente allí donde se le ofrezcan las condiciones de precio y calidad más favorables, responde el Reglamento núm. 123/85.

B. Acuerdos eximidos

Se beneficiarán de la exención en bloque —artículo primero del Reglamento— todos aquellos acuerdos celebrados entre dos empresas y en los que una de las partes (abastecedor) se compromete respecto de la otra (distribuidor), a no suministrar dentro del territorio convenido más que a la otra parte, o a ésta y a un número determinado de empresas de la red de distribución, vehículos automóviles de tres o más ruedas, para su reventa, destinados a ser utilizados sobre la vía pública, y, en conexión con éstos, sus piezas de recambio.

C. Obligaciones que se benefician de la exención

Los artículos 2, 3 y 4 del Reglamento ofrecen una serie de obligaciones que pueden ser contractualmente asumidas por las partes, sin por ello perder el beneficio que supone la exención por categoría.

— *Asumidas por el abastecedor.*

Junto a la obligación de distribución o entrega exclusiva asumida por el abastecedor, el artículo segundo del Reglamento prevé que es igualmente compatible con la exención general, el compromiso asumido por éste de no vender los productos del contrato a los usuarios finales en el territorio concedido, ni de asegurarles el servicio de venta y postventa.

— *Asumidas por el distribuidor.*

Por otro lado, el Reglamento recoge una lista de obligaciones que cabe imponer al distribuidor o concesionario. Estas obligaciones, enumeradas en los artículos 3 y 4 del Reglamento, y, comenzando por el primero de los citados preceptos, son:

1) No modificar los productos contractuales u otros productos correspondientes sin la autorización del proveedor, a menos que la modificación sea pedida por un usuario y se refiera a un vehículo concreto de la gama considerada en el acuerdo, que dicho usuario ha comprado.

2) No fabricar productos que compitan con los productos contractuales.

3) No vender vehículos automóviles nuevos competitivos con los del fabricante suministrador.

En consecuencia, la cláusula de no competencia impuesta al distribuidor comprende la modificación, la fabricación y la distribución tanto de los vehículos como de las piezas de recambio.

En justificación de esta prohibición impuesta al distribuidor, indica la Comisión —considerando séptimo del Reglamento— que esta cláusula de no competencia y de exclusividad de marca limitada a determinadas explotaciones comerciales pueden quedar exentas en principio, dado que las mismas contribuyen a que las empresas de la red de distribución se dediquen única y exclusivamente a los productos suministrados por el constructor, garantizándose de esta forma no sólo una distribución y un servicio de venta y postventa adaptado a las características del vehículo, sino que además vienen a intensificar los esfuerzos hechos por los distribuidores para la venta y el servicio de venta y postventa de los productos contractuales, al mismo tiempo que vienen igualmente a favorecer la competencia entre estos productos y otros concurrentes.

4) No vender piezas de recambio que compitan con las que forman parte del objeto del contrato y no alcancen su nivel de calidad, ni utilizar tales piezas

para la reparación o mantenimiento de los productos contractuales o de otros correspondientes.

En resumidas cuentas, todo parece indicar que el distribuidor puede proveerse, revender e instalar piezas de recambio que concurrentes con las contractuales alcancen, como mínimo, el mismo nivel de calidad. Se trata pues de ofrecer calidad al consumidor, a quien de esta forma no sólo se le garantiza dicho nivel mínimo, sino además se le ofrece la posibilidad de elegir las piezas de recambio que desee se le instalen o empleen en la reparación del vehículo automóvil.

En este mismo sentido se pronuncia la Comisión en el considerando octavo del Reglamento. En efecto, si bien las cláusulas de no competencia, conforme ya vimos al comentar el considerando séptimo del Reglamento, son lícitas y pueden quedar exentas en principio, las mismas, indica la Comisión, no pueden ser consideradas indispensables en todos sus aspectos para una distribución eficaz. Por consiguiente, los distribuidores son libres de adquirir de terceros, utilizar y revender piezas de recambio que sean ya de la misma o ya de superior calidad a las ofrecidas por el abastecedor. Esta limitación a la cláusula de no competencia tiene en cuenta el interés, tanto de la seguridad del vehículo como del mantenimiento de una competencia efectiva.

5) No suscribir con terceros acuerdos de distribución o de servicio de venta y de postventa de productos que compitan con los productos contractuales.

6) No concluir, sin la autorización del proveedor, acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de los productos contractuales y otros correspondientes, con empresas que ejerzan su actividad en el territorio convenido, ni modificar o poner fin a acuerdos concluidos de esta naturaleza.

En definitiva, la admisión de nuevos operadores en la red, y, más concretamente en el segundo nivel de la distribución, se encuentra sujeta a la aprobación o autorización del proveedor.

7) Imponer a las empresas con las que ha concluido acuerdos (citados en el apartado anterior) obligaciones de la misma naturaleza a las por él asumidas con respecto al abastecedor, que correspondan a los artículos 1 a 4 y sean conformes con los artículos 5 y 6.

Así pues, el agente ha de asumir las mismas obligaciones que el concesionario asumió frente al constructor o frente al importador del vehículo.

8) Fuera del territorio concedido:

No abrir sucursales o depósitos ni hacer prospecciones de clientela para los productos del contrato u otros correspondientes.

9) No confiar a terceros la distribución o el servicio de venta y postventa de los productos del contrato u otros correspondientes fuera del territorio concedido.

En justificación de la exención de estas restricciones a la actuación del distribuidor, señala la Comisión —considerando noveno del Reglamento— que dichas limitaciones impuestas a las actividades del distribuidor fuera del territorio concedido (puntos 8 y 9 del artículo 3 del Reglamento) le llevan a garantizar una mejor distribución y servicio dentro del espacio territorial convenido y controlable, así como a conocer el mercado desde un punto de vista más próximo al del usuario y a orientar su oferta en función de las necesidades del mismo.

No obstante, advierte la Comisión, la demanda de productos contractuales no puede en modo alguno regionalizarse. Así pues, los distribuidores deben poder atender la demanda que de estos productos se efectúe no sólo en el territorio convenido, sino también en otros territorios del Mercado Común. Asimismo, tampoco debe prohibirse al distribuidor que se valga de medios publicitarios que, además de dirigirse a los consumidores del territorio convenido, tengan una incidencia suprarregional y ello por cuanto que dicha publicidad no incide para nada en su obligación de promocionar las ventas en el territorio concedido.

En otras palabras, tal y como con gran acierto señala Antoni Font Ribas, la exclusiva no debe impedir que la demanda se oriente hacia la actuación de unos operadores con preferencia a otros, aunque ambos no coincidan territorialmente. La exclusiva impide tan sólo que crezca el número de operadores en la zona, pero no que se multipliquen los efectos de la actividad de un operador fuera del territorio concedido. Por esta razón, aunque se impongan al distribuidor las obligaciones de no mantener sucursales ni almacenes fuera del territorio asignado, ni de realizar publicidad fuera de ese mismo territorio, no se puede evitar que esta publicidad, aun concentrada sobre estos territorios, surta eficacia más allá de los límites espaciales concedidos.

La idea es, pues, muy simple. Se piensa que la protección territorial puede tener efectos positivos en la medida de su contribución a la transparencia

del mercado, siempre y cuando esa protección no sea absoluta y permita una relativa libertad de actuación de los operadores respecto de una demanda situada más allá de los estrictos límites territoriales.

10) No suministrar a un revendedor:

los productos del contrato u otros correspondientes, salvo si ese revendedor es una empresa de la red de distribución;

o las piezas de recambio de una gama precisada en el acuerdo, salvo si ese revendedor las utiliza para reparar o mantener vehículos automóviles.

En relación con esta prohibición de realizar suministros fuera de la red, la Comisión señala —considerando quinto del Reglamento— que dicha obligación de pasar por la red autorizada no es en todos los aspectos indispensable para garantizar una comercialización eficaz en el sector de los vehículos automóviles. Y, por consiguiente, no podrá prohibirse la entrega de productos contractuales a revendedores que pertenezcan a la misma red de distribución, o a revendedores que compren piezas de recambio para utilizarlas por sí mismos en trabajos de reparación o mantenimiento.

11) No vender los vehículos automóviles de la gama precisada en el acuerdo u otros productos correspondientes a usuarios que utilicen los servicios de un intermediario, salvo si esos usuarios han dado previamente poderes por escrito al intermediario para comprar y recoger un vehículo concreto.

Al objeto de que el usuario europeo pueda comprar en todo el mercado común y más concretamente allí donde le ofrezcan las condiciones de precio y calidad más favorables, el mismo debe poder recurrir a los servicios de personas o de empresas que le asistan en la compra de un vehículo nuevo en otro Estado miembro.

No obstante, dado que las empresas de la red de distribución pueden estar obligadas a no vender ningún vehículo nuevo de la gama considerada en el acuerdo, u otros correspondientes, a terceros o por medio de terceros, cuando éstos se presenten como revendedores autorizados de vehículos nuevos de la gama considerada en el acuerdo o ejerzan una actividad equivalente a la reventa, será incumbencia del intermediario o del usuario final exponer previamente, por escrito, al distribuidor de la red que el intermediario, en lo referente a la compra y recepción de un vehículo concreto, actúa en nombre y por cuenta del usuario final (Comunicación de la Comisión relativa al Reglamento núm. 123/85).

En consecuencia, este suministro ha de ser efectuado por cualquier operador de la red europea tanto cuando el consumidor le realice el pedido personalmente, como cuando se valga de intermediarios o terceros a los que expresamente apodera para realizar la compra y recepción. Ahora bien, si dicho poder faltase, los distribuidores pueden venir obligados, dentro del marco de las medidas adoptadas por el constructor y las empresas de su red para proteger su sistema de distribución selectiva, a no vender sus vehículos a esos consumidores que recurren a intermediarios no apoderados previa y expresamente por ellos.

12) Respetar durante un año como máximo después de finalizado el acuerdo, las obligaciones que le hayan sido impuestas conforme a los puntos 1 y 6 al 11.

En cuanto a las obligaciones exceptuadas e incluidas en el artículo 4, la Comisión indica que no obstan a la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 los compromisos por los que el distribuidor o concesionario se obligue a:

1) Observar unas exigencias mínimas en la distribución y el servicio de venta y postventa, relativas en particular:

- al equipamiento de las instalaciones comerciales y técnicas para el servicio de venta y postventa;
- a la formación especializada y técnica del personal;
- a la publicidad;
- a la recepción, almacenamiento y entrega de los productos contractuales u otros correspondientes y a su servicio de venta y postventa.
- a la reparación y conservación de los productos contractuales u otros correspondientes, especialmente en lo que se refiere al funcionamiento seguro y fiable de los vehículos.

En este apartado del artículo 4 del Reglamento se relacionan, pues, las exigencias mínimas que pueden ser impuestas a los distribuidores, estas obligaciones mínimas de cualificación profesional permiten al usuario beneficiarse del hecho de que el servicio de venta y postventa sea llevado a cabo por especialistas.

2) A no pedir los productos del contrato al abastecedor más que en ciertas fechas o dentro de ciertos períodos, siempre que el intervalo entre las fechas de dos pedidos consecutivos no sobrepase los tres meses.

En definitiva, el distribuidor puede venir obligado a efectuar con cierta periodicidad pedidos al proveedor.

3) A esforzarse por comercializar dentro del territorio convenido y en un espacio de tiempo determinado un número mínimo de productos contractuales, que será fijado por el abastecedor en atención a las previsiones de las ventas del distribuidor, siempre y cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre este particular.

4) A mantener un stock de productos contractuales cuya amplitud será fijada por el abastecedor en función del número de ventas que en el territorio concedido efectúe el distribuidor en un período de tiempo determinado y ello siempre y cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre este extremo.

En otras palabras, al distribuidor se le puede imponer la obligación de mantener un stock suficientemente representativo de los productos contractuales.

5) A tener un número determinado de vehículos de demostración pertenecientes a la gama considerada en el acuerdo, el número de vehículos será fijado por el abastecedor en función de los cálculos provisionales de ventas del distribuidor, siempre y cuando las partes no se pongan de acuerdo a este respecto.

6) A asegurar la garantía y el servicio gratuito para los productos del contrato y para los productos correspondientes.

Por tanto, el proveedor puede imponer al distribuidor la obligación de prestar un servicio gratuito de asistencia y garantía.

7) A no utilizar, para realizar esta garantía y servicio gratuito, para los productos contractuales u otros correspondientes, más que piezas de recambio de la gama considerada en el acuerdo u otras correspondientes.

8) A informar a los usuarios cuándo deben utilizar piezas de recambio de terceros, para conservar o reparar productos del contrato u otros correspondientes.

9) A informar a los usuarios cuando, para reparar o mantener los productos contractuales u otros correspondientes, haya utilizado piezas de recambio de terceros, teniendo igualmente a su disposición piezas de la gama considerada en el acuerdo u otras correspondientes, señaladas con la marca del constructor.

Se observa, pues, que el distribuidor —si así se estipulara contractualmente— viene, por un lado, obligado a comunicar al consumidor el empleo de piezas de recambio distintas a las originales, dicha indicación se efectuará siempre que se utilicen dichas piezas de terceros en la reparación (artículo 4.8 del Reglamento) y, por otro lado, puede venir igualmente obligado a comunicar al consumidor que para la reparación dispone tanto de piezas de recambio de terceros como originales (artículo 4.9 del Reglamento). Así pues será el consumidor quien, en este último caso, ha de decidir en función del precio y calidad de las piezas, cuál de ellas prefiere que le empleen en la reparación, con la única excepción de las piezas que hayan de instalarse con motivo de trabajos efectuados en el seno de la garantía, en donde el distribuidor puede asumir el compromiso de utilizar única y exclusivamente las piezas de recambio de la gama considerada en el acuerdo (artículo 4.7 de igual texto reglamentario).

D. Condiciones para la aplicación de la exención general

El artículo 5 del Reglamento recoge en sus cuatro apartados toda una serie de condiciones que se deben cumplir para que pueda aplicarse la exención general de los acuerdos de distribución y venta exclusiva y selectiva.

El primer apartado del citado precepto establece que las condiciones que se deben cumplir, para que tales acuerdos puedan beneficiarse de la exención en bloque son:

Que el distribuidor se comprometa:

— A prestar la garantía, así como el servicio gratuito de los vehículos automóviles cualquiera que sea el punto del Mercado Común en que se haya realizado la compra. Dicha prestación se efectuará en las mismas condiciones con que se obligó la empresa vendedora de la red de distribución.

— A imponer a las empresas con las que haya concluido acuerdos de distribución la obligación de prestar la garantía y el servicio gratuito.

Estas disposiciones tienen como objetivo el impedir que quede afectada la libertad de los usuarios de comprar en cualquier punto del Mercado Común (considerando 12 del Reglamento).

Efectivamente, la libertad de elección del usuario resultaría seriamente afectada si la garantía y el servicio gratuito tan sólo se le prestara por el vendedor del vehículo.

Por ello, estas disposiciones reconocen al usuario el derecho de poder exigir la garantía y el servicio gratuito a cualquier empresa de la red que opere en el territorio del Mercado Común, con independencia del lugar en donde fue adquirido el vehículo.

Que el abastecedor:

— No niegue sin justificaciones objetivas su conformidad a que el distribuidor celebre contratos de distribución y de servicio de venta y postventa de los productos contractuales y otros correspondientes con empresas que ejerzan su actividad en el territorio convenido.

Esta disposición tiene la finalidad, por una parte, de permitir al constructor que establezca un sistema de distribución coordinado y, por otra parte, de no afectar al establecimiento de una relación de confianza entre distribuidores y subagentes. A este fin, el abastecedor debe poder reservar su aprobación a la designación de subagentes por el distribuidor, aunque no rehusarla arbitrariamente (considerando 13 del Reglamento).

— No aplicar exigencias tales como las previstas en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (equipamiento del local, formación técnica y profesional del personal, publicidad, almacenamiento, etc.), que impliquen un tratamiento injusto o discriminatorio de algún distribuidor de la red (véase considerando número 14 del Reglamento).

— De proceder, dentro de un sistema de descuentos de precios, a una rebaja gradual en el precio, según el nivel de las cantidades o cifras de productos comprados por el distribuidor en un determinado período de tiempo.

— Suministre al distribuidor, para la ejecución de los contratos de venta que éste haya concluido con los usuarios finales, un automóvil concreto, correspondiente a un modelo de la gama precisada en el acuerdo, cuando es ofrecido por el constructor o con su consentimiento en el Estado miembro en que haya de matricularse el vehículo.

Al objeto de que el usuario europeo pueda comprar su vehículo en el punto del Mercado Común que más le convenga, en esta disposición se plantea como condición de exención que el distribuidor pueda solicitar a un abastecedor un automóvil concreto fabricado en serie que un usuario final haya pedido al distribuidor y quiera matricular en otro Estado miembro, en la versión y con las especificaciones ofrecidas por el constructor o un tercero por él autorizado en este Estado miembro.

Ahora bien, para la ejecución de estos contratos de venta suscritos por los distribuidores de su red con usuarios finales en relación a la entrega de vehículos concretos nuevos destinados a otro Estado miembro, el productor sólo vendrá obligado a suministrarlo si el modelo del vehículo en cuestión forma parte de la gama ofrecida por el distribuidor, y se vende por el productor o con su consentimiento en el Estado miembro en que haya de matricularse el vehículo.

No obstante, esta disposición no obliga al constructor a fabricar vehículos que no ofrezca en el Mercado Común o a vender modelos de vehículos concretos en los territorios del Mercado Común en que no tenga intención, al menos de momento, de promocionar su distribución (véase considerando núm. 16 del Reglamento y la Comunicación de la Comisión relativa al mismo).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 5 hace depender la exención de la cláusula de no competencia impuesta al distribuidor (aprovisionamiento en exclusiva) de la existencia de una serie de condiciones mínimas que tienden a impedir que, a causa de tales obligaciones, el distribuidor se encuentre en una situación de fuerte dependencia económica con respecto al abastecedor.

Respondiendo, pues, al objetivo de evitar una excesiva dependencia económica del distribuidor, el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento prevé que cuando éste asume la obligación, ya comentada anteriormente, de prestar la garantía y servicio gratuito de los vehículos automóviles para mejorar la estructura de la distribución y del servicio de venta y de postventa, la exención de los compromisos asumidos por el distribuidor de no vender vehículos automóviles nuevos distintos de los de la gama precisada en el acuerdo, o de no suscribir acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de productos que compitan con los contractuales, dependerá de la existencia de una serie de condiciones mínimas.

Dichas condiciones necesarias para la aplicación de la exención son:

1) Que las partes:

— Convengan en que el proveedor exonere al distribuidor de las obligaciones de no vender vehículos automóviles nuevos distintos de los de la gama precisada en el acuerdo y de no suscribir acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de productos que compitan con los contractuales, si el distribuidor demuestra la existencia de justificaciones objetivas para dicha exoneración. Así pues, el proveedor debe eximir al distribuidor de las citadas obli-

gaciones y, por tanto, permitirle la distribución y venta de otros productos competitivos, cuando, por ejemplo, los posibles beneficios que pueda obtener con la venta de los productos contractuales, no sean suficientes para compensar las inversiones que ha de efectuar para mejorar la estructura de la distribución y del servicio de venta y de postventa de los productos del contrato.

Por tanto, el distribuidor puede oponerse, por motivos excepcionales, a que las citadas obligaciones se le apliquen de forma demasiado amplia (véase considerando 18 del Reglamento).

— Que las partes sólo convengan en beneficio del abastecedor una reserva de no celebrar acuerdos de distribución y de servicio relacionados con los productos contractuales con otras empresas concretas que ejerzan su actividad en el interior del territorio concedido o de modificar el territorio concedido, en el caso de que el abastecedor demuestre la existencia de justificaciones objetivas.

Indica la Comisión —considerando 19 del Reglamento— que el abastecedor debe poder reservarse el derecho de designar otras empresas de distribución y servicio en el territorio concedido o de modificar este último, pero esto únicamente en el caso de que concurran motivos excepcionales.

2) Que la duración del acuerdo sea al menos de cuatro años o que el plazo de cancelación normal del acuerdo convenido por un período indeterminado sea al menos de un año para las dos partes, a menos: que el abastecedor esté obligado a pagar una indemnización apropiada en virtud de la ley o de convenio especial si pusiere fin al acuerdo, o que se trate de la entrada del distribuidor en la red y del primer período convenido del acuerdo o de la primera posibilidad de rescisión normal.

3) Que cada una de las partes se comprometa a informar a la otra, al menos con seis meses de antelación a la cesación del acuerdo, de que no desea prorrogar un acuerdo celebrado para un período determinado.

Como claramente se observa, estas disposiciones fijan las condiciones mínimas de exención en cuanto a la duración y a la cancelación del acuerdo de distribución y de servicio de venta y de postventa, ya que, a causa de las cláusulas de no competencia y de exclusividad de marca en relación con las inversiones efectuadas por el distribuidor para mejorar la estructura de la distribución y del servicio de los productos contractuales, la dependencia económica del distribuidor con respecto al proveedor aumenta considerablemente

en caso de acuerdos celebrados a corto plazo o cancelables tras un período breve (véase considerando número 20 del Reglamento).

En íntima relación con lo anteriormente expuesto, el apartado tercero del artículo que se comenta recoge que las partes no podrán alegar justificaciones objetivas (determinadas en el sentido del presente artículo), que habrán de precisarse con detalle en el momento de concluir el acuerdo, más que en el supuesto de que dichas justificaciones sean aplicadas sin discriminación en casos similares a las empresas de la red de distribución.

Finalmente se indica, en el cuarto y último de los apartados del artículo que aquí nos ocupa, que las condiciones de exención recogidas en este precepto reglamentario, en modo alguno prejuzgan el derecho de las partes a ejercer la rescisión extraordinaria del acuerdo.

E. Casos en los que no se aplica la exención

La exención general prevista en este Reglamento no se aplicará, según declara el artículo 6:

— Cuando las dos partes del acuerdo son constructoras de vehículos automóviles.

La importante traba que a la competencia suponen los acuerdos por los que un constructor de vehículos automóviles confía la distribución de sus productos a otro constructor de vehículos automóviles, constituye la causa que justifica la exclusión de estos acuerdos del beneficio de exención (véase considerando número 22 del Reglamento).

Ciertamente, si, por ejemplo, un fabricante de vehículos alemán nombrara a otro fabricante italiano distribuidor en exclusiva para Italia, y el fabricante italiano nombrara a la empresa alemana competidora su distribuidor exclusivo para Alemania, con toda seguridad ninguna de ambas empresas realizaría grandes esfuerzos para distribuir los productos de la otra, ya que, tenderían a concentrarse en vender sus propios productos en sus respectivos mercados nacionales.

— Cuando el fabricante, el abastecedor u otra empresa de la red de distribución obligue al distribuidor a no reducir por debajo de determinados precios o a no sobrepasar ciertos porcentajes de descuento al revender los productos del contrato u otros correspondientes.

Así pues, las cláusulas de precios mínimos y las obligaciones de no sobrepasar determinadas tasas de descuento quedan excluidas del beneficio de exención concedido por el Reglamento.

— Cuando, en relación con vehículos automóviles de tres o más ruedas o de sus piezas de recambio, las partes convengan acuerdos o prácticas concertadas a los cuales los Reglamentos número 1983/83 y número 1984/83 hayan declarado inaplicable el apartado 1 del artículo 85, en una medida que sobrepase el presente Reglamento.

Indica la Comisión —considerando número 24 del Reglamento— que la exención no se aplica cuando, para productos considerados en el presente Reglamento, las partes del acuerdo pactan obligaciones admisibles en virtud de los Reglamentos número 1983/83 y 1984/83 de la Comisión, relativos, respectivamente, a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado C.E.E. a determinadas categorías de acuerdos de distribución y compra exclusiva en la combinación de obligaciones que en ellos se encuentra exenta, pero cuyo alcance excede del de los compromisos exentos por el presente Reglamento.

F. Pérdida del beneficio de la exención

El artículo 10 establece que la Comisión podrá retirar el beneficio de la exención en bloque si comprobara que en su caso determinado, un acuerdo exento en virtud del presente Reglamento produce, no obstante, efectos incompatibles con las condiciones previstas para la exención según el artículo 85.3 del Tratado C.E.E. y, en particular:

— Cuando los productos contractuales u otros correspondientes no se encuentran sometidos, en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo, a la competencia de productos que, a causa de sus propiedades, del uso al que se les destina y de su precio, sean considerados como similares por el usuario.

— Cuando el fabricante o una empresa de la red de distribución impida de forma continua o sistemática, excediéndose del contexto de la exención concedida por el presente Reglamento, a los usuarios finales o a otras empresas de la red de distribución, adquirir en el interior del Mercado Común los productos contractuales u otros correspondientes y obtener el servicio postventa de dichos productos.

En relación con este supuesto, la Comisión indica en su Comunicación relativa al Reglamento que el usuario final europeo no debe sufrir obstaculiza-

ciones abusivas ni en el Estado miembro en el que desee adquirir el vehículo automóvil, ni en el de destino en el que vaya a solicitar la matriculación. Si bien los obstáculos inherentes a la distribución exclusiva y selectiva no constituyen abuso, no obstante, la exención concedida por el presente Reglamento se ve comprometida por cualesquiera prácticas restrictivas concertadas entre empresas de la red de distribución que sobrepasen y restrinjan las posibilidades de compra del usuario final europeo. Lo mismo cabe decir de las medidas unilaterales generadoras de efectos nocivos para los usuarios que puedan tomar el constructor, sus importadores o sus distribuidores. A título de ejemplo, cita la Comisión, la negativa del distribuidor a ejecutar, en los vehículos automóviles que no ha vendido y que han sido importados de otros Estados miembros, los trabajos incluidos en la garantía; la negativa de los fabricantes o de sus importadores a colaborar en la matriculación de vehículos importados de otros Estados miembros por los usuarios finales europeos; los plazos de entrega anormalmente prolongados, etc.

— Cuando se apliquen a los productos contractuales u otros correspondientes, de forma continua precios o condiciones que difieran notablemente de un Estado miembro a otro y estas diferencias se funden esencialmente en compromisos exentos por el presente Reglamento.

Resulta claro que las diferencias de precios existentes para vehículos de una misma marca de un Estado miembro a otro pueden responder, en cierta medida, a la distinta configuración de la oferta y de la demanda en cada caso particular. Ahora bien, cuando las diferencias existentes son considerables, hay que presumir que las mismas tienen su origen en una medida de carácter estatal o en prácticas privadas de carácter restrictivo (Comunicación de la Comisión relativa a su Reglamento).

Partiendo de este planteamiento, la Comisión puntualiza que las diferencias entre los distintos precios netos recomendados, para la venta a los usuarios finales de un vehículo, de un Estado Miembro a otro, pueden permitirse siempre y cuando la diferencia, calculada sobre la base de la unidad monetaria, el ECU, no sobrepasa el 12 por 100 del precio más bajo, pudiendo elevarse dicho porcentaje durante un período máximo de un año: en un 6 por 100 suplementario del precio de baremo, o para una parte no significativa de los vehículos de la gama considerada en el acuerdo. Así pues, la Comisión entiende que las diferencias entre los distintos precios netos recomendados para su aplicación al usuario final, son admisibles siempre que no superen ciertos porcentajes (un 12% que puede, conforme ya vimos, elevarse temporalmente a un

18%), y sean debidas bien a que el adquirente del vehículo deba satisfacer en uno de dichos Estados Miembros impuestos, tasas y cánones que exceden del 100 por 100 del precio neto, o bien a que la libertad de formar el precio o el margen comercial en un Estado Miembro esté limitada directa o indirectamente por medidas estatales que se prolongan durante más de un año.

— Cuando en los acuerdos relacionados con el abastecimiento al distribuidor de automóviles concretos correspondientes a un modelo de la gama considerada por el acuerdo, se apliquen precios o condiciones sin justificación objetiva, que tengan por objeto o por efecto compartimentar zonas del Mercado Común.

En su Comunicación, la Comisión considera que el abastecedor, con ocasión de la venta de un automóvil concreto correspondiente a un modelo de la gama precisada en el acuerdo, puede cobrar al distribuidor un suplemento objetivamente justificado por los costos particulares de distribución, así como por las diferencias en la versión del modelo y las especificaciones requeridas por la legislación del Estado Miembro en donde el vehículo va a circular.

En un Estado miembro donde la formación de los precios esté afectada por medidas estatales, anteriormente mencionadas, el abastecedor facturará otro suplemento. Pero, al hacerlo, dicho suplemento no podrá superar el precio que se calcularía, en casos similares en los Estados miembros en los que la formación de los precios no está afectada de la forma mencionada y en los que se recomiende el precio neto más bajo para la venta a los usuarios finales, respectivamente, del automóvil concreto de la gama considerada en el acuerdo y del modelo correspondiente.

G. Definición de los conceptos utilizados por el Reglamento

En el artículo 13, la Comisión nos da a conocer algunos de los conceptos empleados en el Reglamento. Es fundamental, pues, exponer a continuación esta lista de explicación de los conceptos más importantes.

— Los “acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa”:

Son acuerdos de duración definida o indeterminada celebrados entre dos empresas, en los cuales la empresa que suministra los productos encarga a la otra que realice la distribución y el servicio de venta y postventa de los mismos.

— Las “partes del acuerdo”:

Son las partes que participan en el acuerdo, la que suministra los productos objeto del contrato es el “abastecedor” y la encargada de realizar la distribución y servicio de los mismos es el “distribuidor”.

— El “territorio convenido”:

Es el territorio delimitado del Mercado Común, al que se refiere la obligación de suministro exclusivo considerada en el sentido del artículo 1.

— Los “productos contractuales”:

Son los vehículos automóviles de tres o más ruedas destinados a ser utilizados en las vías públicas y sus piezas de recambio.

— La “gama considerada en el acuerdo”:

Es todo el conjunto de los productos contractuales.

— Las “piezas de recambio”:

Son las piezas colocadas en un vehículo automóvil para sustituir las que lo componen. Los usos comerciales del sector serán determinantes para delimitar otras piezas y accesorios.

— El “constructor”:

Es la empresa que construye o hace construir los vehículos automóviles de la gama precisada en el acuerdo; o la empresa que está vinculada a las empresas que fabrican o hacen fabricar estos vehículos automóviles.

— Las “empresas vinculadas”:

a) Son empresas de las que una dispone, directa o indirectamente:

1) De más de la mitad del capital o del capital de explotación de la otra empresa.

2) De más de la mitad de los derechos de voto en la otra empresa.

3) Del poder de designar más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración, o de los órganos que representen legalmente a la otra empresa.

4) Del derecho de administrar los asuntos de la otra empresa.

b) Empresas en las que una tercera empresa dispone directa o indirectamente de los derechos o poderes anteriormente mencionados.

— Las “empresas de la red de distribución”:

Son, además de las partes del acuerdo, el constructor y las empresas encargadas por él, o con su autorización, de la distribución y de los servicios de venta y postventa de los productos del contrato u otros correspondientes.

— Los “automóviles particulares correspondientes a un modelo de la gama considerada en el acuerdo”:

Son vehículos particulares que el constructor fabrica o monta en serie, y cuyas características son idénticas a las de los automóviles particulares de la gama precisada en el acuerdo (carrocería, trenes de rodamiento, grupo motopropulsor y tipo de motor).

— Los “productos, vehículos o piezas de recambio correspondientes”:

Son los que tienen la misma naturaleza que los de la gama precisada en el acuerdo, que son distribuidos por el constructor o con su consentimiento y son objeto de un acuerdo de distribución y de servicio concluido con una empresa de la red de distribución.

— Los términos “distribuidor” y “vendedor” incluyen otras formas de comercialización tales como, por ejemplo, el “leasing”.

H. Consideraciones finales

El objetivo prioritario que persigue este Reglamento número 123/85 de 12 de diciembre de 1984, como ya repetidamente se ha indicado, radica en hacer realidad el funcionamiento de un auténtico Mercado Común, de manera que el consumidor pueda comprar, hacer reparar y mantener un vehículo automóvil en el Mercado Común y más concretamente allí donde se le ofrezcan las condiciones de precio y calidad más favorables a sus intereses. La Comisión intenta garantizar, por ejemplo, a un usuario final inglés el poder adquirir en otro punto del Mercado Común, por ejemplo en Alemania, en el que se ofrece un precio más barato, un vehículo concreto fabricado en serie y equipado con las especificaciones necesarias (volante a la derecha) para poder circular en el lugar donde va a ser matriculado (Inglaterra).

En último término, conviene precisar que el presente Reglamento, obligatorio y directamente aplicable en cada Estado Miembro, concede la exención para tan sólo un período de tiempo limitado, ya que, habiendo entrado en vigor el día 1 de julio de 1985, el mismo se aplicará —artículo 14 del Reglamento— hasta el día 30 de junio de 1995.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONI FONT RIBAS: *Mercado Común y distribución*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1987.
- JUAN IGNACIO FONT GALÁN: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Editorial Cometa S.A. Zaragoza 1986.
- RICHARD PLENDER y JOSÉ PÉREZ SANTOS: *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1985.
- BRIGITTE CASTELL BORRAS: *La defensa de la competencia en la C.E.E. Artículo 85 del Tratado de Roma*. Editorial Praxis S.A. Barcelona 1986.
- STEPHEN PICKARD: *Iniciación a la política de competencia de la C.E.E.* Editorial Civitas S.A. Madrid 1986.
- ROBERTO BALDI: *El derecho a la distribución comercial en la Europa comunitaria*. Editorial Revista del Derecho Privado. Madrid 1988.
- DIEGO LÓPEZ GARRIDO: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1986.
- TERESA PUENTE MUÑOZ: *El Contrato de concesión mercantil*. Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1976.
- PIERRE HATHIJSEN: *Guía del Derecho de la Comunidad Europea*. Extecom, S.A. Madrid 1987.
- J & A GARRIGUES: 1983: *Una guía para entender y actuar en el Mercado Único*. Ariel S.A. Barcelona 1990.
- MANUEL BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos. Madrid 1983.
- RODRIGO URÍA: *Derecho Mercantil*. Madrid 1976.
- A. BERCOVITZ: "La formación del derecho de la competencia". *A.D., Ind.* 2, 1975.
- NICOLÁS MARTÍ: "La llamada concesión mercantil. Notas para su estudio". *AFDU La Laguna* 2, 163, 1965-1966.
- BARBA DE VEGA: "El derecho protector de la libre competencia". *A.D. Ind.* 4, 1977.
- J. GARRIGUES: "La defensa de la competencia mercantil". *S.E.P.*, Madrid 1964.
- MATILLA ALEGRE: "La política de la competencia en la Comunidad Económica Europea y en la legislación española". *Estudios de Deusto*, 1980, fasc. 65.
- NAVARRO AGUILERA LONA: "Derecho de propiedad industrial y Derecho de la competencia en la C.E.E." *Estudios Deusto*, 1974.
- JUAN IGNACIO FONT GALÁN: "Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia". *R.D.M.*, 1977, núm. 146.
- SÁNCHEZ CALERO: "El proyecto de ley de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia". *R.D.M.* 1963, núm. 88.

LOS CIEGOS Y LA LEY 30/91 DE 20 DE DICIEMBRE*

MARCOS ASCANIO SOSA
ABOGADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1ª PARTE: TESTAMENTIFACCIÓN ACTIVA DE LOS CIEGOS.

I. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA.

- A) Teoría General.
- B) Incapacidades para testar.
- C) Identificación del testador.

II. LOS CIEGOS ANTE EL TESTAMENTO ABIERTO.

- A) Consideraciones Histórico-Legales.
- B) Formalidades.
 - Una.— Notario hábil.
 - Dos.— Asistencia de testigos.
 - Tres.— Manifestación.
 - Cuatro.— Lectura y suscripción.
 - Cinco.— La unidad del acto.

* Accésit del Premio de Estudios Jurídicos FORO CANARIO, relativo a Juristas.

III. LOS CIEGOS ANTE EL TESTAMENTO CERRADO.

A) Generalidades.

- a) Escritura y redacción.
- b) Cláusula de la cédula testamentaria.
- c) Manifestación del testador.

B) Incapacidad de los ciegos para su otorgamiento.

- a) Planteamiento legal.
- b) Fundamento de lo que dispone el artículo.

IV. EL CIEGO ANTE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

V. EL CIEGO ANTE LAS MODALIDADES EXCEPCIONALES DE LOS ARTS. 700 Y 701.

2ª PARTE: LOS CIEGOS Y EL ARTÍCULO 708 DEL C.c.

I. "... LOS CIEGOS..."

II. CAPACIDAD LEGAL DE LOS CIEGOS.

III. SIGNIFICADO ACTUAL DEL ARTÍCULO 708.

IV. "... LOS QUE NO SABEN O NO PUEDEN LEER..."

V. LOS CIEGOS NO SON ANALFABETOS.

3ª PARTE: LOS CIEGOS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

II. EL ARTÍCULO 708 Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

III. RECAPITULACIÓN.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.

SEGUNDA.

TERCERA.

CUARTA.

QUINTA.

SEXTA.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

¿Tienen los españoles ciegos los mismos derechos que los demás ciudadanos? De manera inmediata habrá de ser invocado el principio de igualdad jurídica consagrado por el art. 14 de la Constitución Española de 1978 a cuyo tenor *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”*; sin olvidar también que el art. 49 de nuestra Carta Magna declara que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”*.

Pero para obtener una respuesta más clara y precisa a ese interrogante, han de ser estudiadas las reglas generales que en nuestro Derecho regulan la capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas. Y a tal fin deberemos mencionar las disposiciones legales que a ese respecto se contienen en el Ordenamiento Jurídico Civil, subrayando en primer término la regla general que expresa el art. 322 del C.c. a cuya virtud *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*; recordando que el art. 199 de ese mismo cuerpo legal establece que *“nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*; y que a continuación su art. 200 declara que *“son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*.

Surgiría, pues, la cuestión de saber si la ceguera es causa, motivo o razón que impida a la persona gobernarse por sí misma. Los ciegos son contemplados en el Ordenamiento Jurídico Civil como un caso especial, en que por la circunstancia personal de ausencia o deficiencia de visión, debida a enfermedad o accidente, a dichos ciudadanos, aun siendo mayores de edad, no se les reconoce plena capacidad de obrar en todos los actos de la vida civil. Pesa, pues, sobre dichos ciudadanos una normativa de excepción que será objeto de estudio en el presente artículo, referido exclusivamente a un aspecto concreto de la capacidad de obrar de los mismos, su capacidad testamentaria.

Examinando las características de la capacidad testamentaria de los ciegos, nos detendremos primeramente en la exposición de las diversas opiniones doctrinales que en nuestro país se han producido acerca del tema y sobre la justificación a la prohibición legal que impone el vigente art. 708 del C.c. y la exigencia de doble lectura que expresa su art. 698; para una vez determinado el significado y alcance de dichos preceptos apuntar y defender mi opinión de que con los mismos el Código civil otorga a los españoles ciegos un trato desigual que les discrimina con respecto al resto de ciudadanos; tratamiento legal ese que vulnera el art. 14 de la C.E. y conculca los derechos que el texto constitucional les reconoce en los artículos 33, 27 y 49.

1.ª PARTE: TESTAMENTIFACCIÓN ACTIVA DE LOS CIEGOS

I. CAPACIDAD TESTAMENTARIA ACTIVA

A) *Teoría General*.— Siguiendo al profesor CASTÁN podemos señalar como particularidades que ofrece la teoría de la capacidad de testar en relación con la de otros actos jurídicos, las siguientes:

1.ª No hay aquí distinción entre la capacidad de goce y la de ejercicio, puesto que en el testamento la aptitud para testar va unida al ejercicio del Derecho, sin que nadie pueda suplir la capacidad ni hacer testamento en nombre de otro.

2.ª Por lo general, las leyes establecen menores exigencias para la testamentifacción que para los actos “*inter vivos*”, a causa de que estos últimos, por producir efectos inmediatos e irrevocables, pueden acarrear graves e irremediables perjuicios, mientras que el testamento, acto esencialmente revocable y destinado a no tener efecto sino después de la muerte de su autor, mira más que nada a los sentimientos de afecto y de gratitud del disponente.

3.ª Sólo son capaces de testamentifacción las personas individuales, pues las sociales, bien sean de Derecho público o privado, carecen de tal capacidad, y únicamente se les permite fijar en sus estatutos o cláusulas fundacionales el destino de los bienes en caso de disolución, lo cual no es concederles la facultad de testar.

El C.c. como en general los Códigos modernos, concede con gran amplitud la capacidad para otorgar testamento, a diferencia del Derecho roma-

no, que restringía la testamenti factio activa, privando de la misma a numerosas personas ya que era preciso tener no sólo la capacidad de obrar, sino la plena capacidad jurídica, y, por tanto, sólo podía testar quien fuese libre, ciudadano romano y paterfamilias.

El C.c. sienta una regla general de capacidad de testar al decir en su art. 662 que *“pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”*.

Respecto al momento en que se ha de poseer la capacidad para testar, se ha de indicar que el Derecho romano antiguo la exigía al tiempo de hacer testamento y en todo el transcurrido hasta la muerte del testador. Mas el derecho pretorio modificó, en parte, este rigor, estableciendo que la capacidad de derecho debía existir, no sólo en la época de la confección del testamento, sino también en la de la muerte, pero la capacidad de obrar bastaba que se tuviese en el instante del otorgamiento del testamento. Como en el Derecho moderno no existen esos estados de ausencia en la capacidad jurídica, han desaparecido las anteriores distinciones y se atiende únicamente al momento de hacer el testamento.

Así, el Código español dice que *“para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”*, y, como consecuencia de este principio, que *“el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”*. En este sentido el T.S. ha declarado reiteradamente que la capacidad legal de todo testador se presume, salvo prueba en contrario, y que ha de entenderse que dicha capacidad ha de referirse siempre al momento mismo de ser otorgada la última voluntad (sentencia de 1 de febrero de 1956, y 7 de junio de 1957); sosteniendo también que *“la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental que anula o disminuye la inteligencia y libertad al extremo de desaparecer su personalidad psíquica en la vida de relación con la ausencia de valor y trascendencia del acto, ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evoluciones de la enfermedad... mientras no se demuestre en forma inequívoca que en dicho momento tenía enervadas sus facultades mentales...”* (sentencia de 25 de abril de 1959).

B) Incapacidades para testar.— Para el profesor CASTÁN las incapacidades para testar pueden clasificarse en absolutas (que inhabilitan para otorgar toda clase de testamentos) y relativas (que se contraen a formas determinadas de testar). En este lugar hemos de referirnos únicamente a las primeras.

Tenían en el antiguo Derecho español incapacidad para testar los impúberes, locos, pródigos, sordomudos que no supieran escribir, religiosos profesos, Arzobispos y Obispos.

En la actualidad el vigente C.c. reduce las causas generales de incapacidad para testar a las dos siguientes:

- La de los menores de catorce años, de uno y otro sexo (art. 663 núm. 1º).
- La del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663 núm. 2º).

En cuanto a los mayores de catorce años y menores de edad cabe aducir, que la regla del art. 663 tiene la excepción del testamento ológrafo, que según el art. 668 sólo puede ser otorgado por los mayores de edad.

La computación de la edad ha de hacerse siguiendo la regla general que establece el art. 321, y ya siguió la ley de 13 de diciembre de 1943, es decir, que para contar los catorce años de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

Refiriéndose a la 2ª de las causas de incapacidad para testar J. SANTOS BRIZ, apunta que la doctrina incluye en esta poco técnica, pero expresiva frase, los casos de perturbación mental total o parcial y además los estados que, aun transitorios, priven del pleno juicio; la sentencia de 11 de diciembre de 1962 declaró que el estado de amencia o de demencia impide al testador hallarse en ese "*cabal juicio*". Añádase aquí el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias de fecha de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945 a las cuales me he referido en el apartado precedente.

Por último señalo que el profesor CASTÁN estima subsistente en el Derecho actual, la incapacidad de los sordomudos que no sepan y puedan escribir, al considerar que aunque nada diga el Código y aunque fuera racional y deseable que existiese una forma especial de testar acomodada a los medios de comunicación y expresión de la voluntad de los sordomudos, es lo cierto que esa forma no existe, y que hoy no pueden éstos otorgar testamento cerrado, ni tampoco testamento abierto, cuyas formalidades les serían inaplicables; fundando tal opinión en los abusos que podrían ocurrir si se permitiera semejante testamentifacción. Si bien el mismo autor admite que hay una cierta tendencia por parte de los notarios a autorizar testamentos de sordomudos que no sepan leer y escribir, siempre y cuando éstos puedan expresar por gestos o de cualquier otra forma inequívoca su última voluntad.

C) *Identificación del testador.* — La comprobación de la identidad y capacidad del testador reviste especial importancia en tema de testamentos, pues cuando van a surtir efecto no vive el interesado para advertir, eventualmente, que no fue él quien testó, o demostrar su integridad mental.

A este efecto dispone el art. 685 que el notario y dos testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que la conozcan y sean conocidos del mismo notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de notario, en los casos de los artículos 700 y 701.

Al comentar la sentencia de 21 de junio de 1986 LACRUZ BERDEJO señala que no es causa de nulidad que en el testamento no se consigne el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad del testador, dado que este requisito no lo establece el art. 685. El deber de asegurarse de la capacidad lo cumplen el notario y los testigos que conocen de antemano al testador, bastando que sea el notario quien dé fe de hallarse el testador en la integridad de sus facultades mentales.

Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador (art. 686).

Según los artículos 699 y 707-4º, el notario debe dar fe al final del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado de conocer al otorgante o haberlo identificado por alguno de los medios susodichos. La R. de 25 de mayo de 1899 declaró que esta dación de fe ha de ser expresa, sin que su omisión quede subsanada por la expresión de que el notario autorizante da fe de haberse cumplido las formalidades legales. En cambio, la sentencia de 27 de junio de 1917, presenta como “*doctrina debidamente sancionada por la jurisprudencia*” que la fe de conocimiento del testador no constituye un requisito esencial de forma que haya de concurrir para la validez del testamento en el mismo acto de otorgarse éste, “*porque buscando con tal formalidad el garantizar la identidad del testador para prevenir posibles suplantaciones, quede*

ésta asegurada si el juzgador adquiere la convicción de su existencia”. También interpreta ampliamente la dación de fe de los diversos extremos la sentencia de 17 de mayo de 1974.

II. LOS CIEGOS ANTE EL TESTAMENTO ABIERTO

Art. 698. Cuando sea ciego el testador se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

El expresado artículo concuerda con los siguientes preceptos del C.c.: 667, 688, 694, 695, 696, 705, 708 y 754; igualmente con el artículo 101-3° de la compilación de Cataluña y Ley 193 del Fuero de Navarra. También con los artículos 116 a 119, 139, 167 a 169, 193 a 196 y 222 a 226 de la Ley Orgánica del Notariado y artículo 11 del Reglamento Notarial.

Asimismo concuerda con el artículo 603 del Código de Italia, 1.517 del de Méjico, 1.019 del de Chile, 3.652 del de la República Argentina, 1.076 del de Colombia y 774 del de Guatemala.

De los Códigos extranjeros que se han ocupado de la testamentifacción del ciego, unos, como el de Colombia, el de Chile y el de Uruguay, siguen un sistema igual al nuestro, artículo 698; otros, como el de Guatemala exigen que en el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto. El Código de la República Argentina declara que el ciego puede testar por acto público, pero sin señalar al efecto ninguna excepcionalidad, sino sometiendo aquél a las reglas ordinarias y comunes de dicha forma de testar.

A) *Consideraciones Histórico-Legales.*— Al ciego, sólo por tal circunstancia, no se le ha negado la testamentifacción activa ni aun en el antiguo Derecho, pues, como dice el jurisconsulto romano Paulo en el Libro III de sus sentencias “*caecus testamentum potest facere quia scire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentem*”; el ciego puede hacer testamento, porque puede requerir la cooperación de los testigos y oír sus testimonios. La tradición histórica nos recuerda que el ciego puede otorgar testamento abierto “*porque puede requerir la cooperación de los testigos y oír sus testimonios*” (“*... quia scire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentem*”) todo cuanto se hace para permitirle la testamentifacción activa en esta modalidad abierta, desde siempre, ha ido enderezado a lograr el mayor número de garantías para el testador y de ello es muestra el pasaje antes referencia-

do de que no le estaba permitido sino observando las formalidades establecidas por el emperador Justiniano, nuestro divino padre (*“Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justinii patris nostri introduxit”*).

El criterio del Derecho romano lo siguen las Leyes de Partidas y, así, en la Partida 6ª, Título I, Ley 14, se puede leer lo siguiente: *“El ciego non puede facer testamento, fueras ende desta manera: deve llamar siete testigos, e un Escribano público, e delante dellos deve dezir como quiere fazer su testamento. Otrosi deve nombrar, cuales son aquellos que establece por sus herederos, e que es lo que mande; e el Escribano deve escrevir todas estas cosas delante de los testigos, o si eran antes escritas, deven ser leydas, deve dezir el ciego manifestamente, como aquel es su testamento. E de si cada vno de los testigos deve escrevir su nome en aquella carta, si supiere escrevir; e si son, de velo fazer escrevir a otro. E también el Escribano público que escriviere la carta, como los testigos, deven sellar la carta con sus sellos; e si el Escribano público no se pudiere auer, deven auer otro que lo escriba, e que sean con el ocho los testigos en lugar del Escribano. E esta guarde deue ser feche en el testamento del ciego porque non puede ser fecho ningun engaño”*. En opinión de ALBA-DALEJO, en resumidas cuentas, las Partidas querían asegurar lo que ahora también quiere el C.c., que la lectura sea fiel trasunto de su voluntad antes manifestada oral o por notas, *“si eran antes escritas”*, evitando con todo ello posibles suplantaciones.

La Ley tres de las de Toro rebajó el número de testigos a cinco, en lugar de siete. Y este punto de vista pasó a la Novísima Recopilación, que dijo: *“... y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos a lo menos; y en los Codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo o abierto, conforme a la dicha Ley de Ordenamiento, los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuviesen la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él”* (Novísima Recopilación, Libro X, Título XVIII, Ley 2ª).

Este artículo 698 de nuestro Código civil, tiene su antecedente más inmediato en el art. 695 del Anteproyecto de 1888, si bien con ligeras variantes. En efecto, el artículo 695 del Anteproyecto decía lo siguiente: Cuando sea ciego el testador, además de la lectura del testamento, que debe hacer en voz alta el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 692, deberá ser leído por segunda vez, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona, que el testador designe, a no ser que éste lo renuncie expresamente, lo cual se hará

constar también en el instrumento. El profesor ALBADALEJO llega a afirmar que este precepto así transcrito, parece que se tomó del artículo 1.019 del C.c. de Chile y cuyo texto aparece sin modificación en la edición oficial tras la reforma de 1975 (el citado artículo 1.019 establece que: El ciego podrá sólo testar... Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento...) basándose para tal afirmación en la lectura del texto que aparece en la obra sobre el Anteproyecto del Código civil de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, 1965.

B) *Formalidades*.— El ciego puede otorgar testamento abierto conforme a las solemnidades ordinarias, pero exige el Código algún requisito más, aunque no el tradicional de aumentar el número de testigos, sino el de darle doble lectura; efectivamente, dispone el Código que *“cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra en igual forma por uno de los testigos y otra persona que el testador designe”* (art. 698).

A este respecto nuestra doctrina es unánime:

— CASTÁN señala que, salvo la doble lectura, *“en todo lo demás, las solemnidades del testamento del ciego serán las ordinarias del abierto”*.

— MANRESA asegura que, *“esta clase de testamentos se otorgará en las mismas condiciones y con idénticos requisitos que los demás testamentos abiertos, sin otra diferencia que la lectura que de él debe hacer en alta voz uno de los testigos o la persona de su confianza que designe el testador para dicho efecto, a más de la hecha por el Notario”*.

— ALBADALEJO también opina que *“en el otorgamiento del testamento abierto del ciego deben cumplirse, además de la segunda lectura que llevará a cabo uno de los testigos u otra persona que el testador designe, todas y cada una de las solemnidades que el propio Código exige en el otorgamiento del testamento abierto ordinario”* (Sección 5ª, Capítulo I, Libro III, del Código civil).

Expongamos a continuación cada una de dichas formalidades y las cuestiones que en torno a las mismas se plantean.

UNA.— *Notario hábil*. Esta exigencia del artículo 694 del Código civil es igualmente aplicable al Notario que otorgue el testamento de un invidente. Debe tener competencia territorial y por razón de materia. Sólo se admiten aquí, como con carácter general, las excepciones del artículo 119 del Reglamento Notarial. También rigen aquí las mismas orientaciones generales en cuanto a la

competencia por razón de sede y, por tanto, no sufren variación las disposiciones del artículo 754 del Código civil y artículo 139 del Reglamento Notarial.

DOS.— *Asistencia de testigos*. La legislación civil y Notarial exigen como solemnidad inexcusable en el otorgamiento la presencia de los testigos. No le basta al Código civil con la fe del Notario ni tan siquiera con el testimonio del propio testador (que sí la tiene por bastante cuando es ológrafo el testamento) sino que se exige también el testimonio de otras personas ajenas al negocio que allí se documentan para que en caso de impugnación acrediten y garanticen que efectivamente el testador quedó identificado y de aquella manera expresó su última voluntad.

El Código civil no ofrece un concepto de qué ha de entenderse por testigos, se limita a decir que los testigos deben ser idóneos (así en el art. 694-1º, 700, 707-2º, 716, 721 por remisión y 722-3º). ALBADALEJO indica que la circunstancia o circunstancias determinantes de la idoneidad son las de ser personas con capacidad para darse cuenta de lo que estén presenciando (madurez física y psíquica, honradez presente y pasada, imparcialidad y no dependencia del notario autorizante). Opina tal autor que tales circunstancias son cualidades que los ordenamientos jurídicos y las más viejas leyes romanas han exigido tanto en los negocios inter vivos (cuando era necesario) como en los mortis causa.

Los testigos no sólo coadyuvan con el Notario a la identificación de personalidad del testador, en los términos ya expuestos, sino que también se les impone la obligación que pesa sobre el Notario de cerciorarse de que el testador tiene capacidad; dispone, en efecto, el Código, a continuación de las normas expuestas sobre identificación del testador, que *“también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar”* (art. 685 ap. 1, párrafo 2º). En otros conceptos se impone al Notario la obligación de hacer constar que *“a su juicio se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”* (arts. 695, ap. 3, en relación con el testamento abierto, y 707, regla 4ª, en relación con el testamento cerrado). Estas expresiones procurarán, a su juicio, que emplea el Código, dar a entender claramente que no se trata de una apreciación de carácter pericial que exija razonamientos ni sometimiento del testador a ningún examen previo por parte del Notario y testigos, por lo cual esa apreciación de la capacidad por dichas personas podrá ser destruida mediante la oportuna prueba ulterior que demuestre la falta de capacidad del testador, como reconoce el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de abril de 1925).

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS apunta que aún dentro de este carácter no pericial de la indicada apreciación de la capacidad del testador, ha sido criticada esta exigencia legal, sobre todo con referencia a los testigos, que por su falta de conocimientos jurídicos tropiezan con más dificultades de apreciación.

El cumplimiento de este requisito es esencial para la validez del testamento conforme al precepto general que sanciona con la nulidad el testamento en que no se hayan observado las formalidades prescritas por el Código (art. 687), y, confirmando este criterio, la jurisprudencia declara que es nulo el testamento en que el Notario no da fe de hallarse el otorgante en sus facultades mentales y de confirmarlo así los testigos (sentencia de 18 de noviembre de 1915).

TRES.— *Manifestación.* ¿Puede el ciego otorgar su testamento sólo de “viva voz”, o también puede presentar al Notario minuta de su disposición?

Es otra de las cuestiones que puede plantearse al tratar de esta modalidad de testamento abierto. La cuestión es si el ciego puede usar o no de la misma opción que tiene todo testador en caso de otorgar testamento abierto, conforme a los artículos 695 y 696 del Código Civil.

En Derecho romano cuando menos tal cosa era posible, pues conforme la ya referenciada Lex Divi Justini, que es la constitución 8ª del Título XXII, Libro VI del Codex que recoge las enseñanzas de Paulo (sentencia Libro 3, tít. 4.4) no sólo no impide a los ciegos el testar, sino el que el otorgamiento fuera dictándolo el invidente y escribiéndolo el Tabullarius, o bien en el caso —admitido, pues—, de un testamento escrito antes, leerlo al ciego en presencia de los testigos a fin de que pudiese aquél reconocer su voluntad y declararla.

MUCIUS SCAEVOLA opina que “*el ciego, como es natural, lo mismo puede testar expresándose de palabra y recogiendo el Notario en la escritura sus declaraciones que presentando la minuta, si sabe escribir, con arreglo a la cual ha de redactarse el testamento. Lo más probable será lo primero, pero también es verosímil y posible lo segundo. Y hasta creemos que es válido el testamento del ciego redactado en vista de minuta escrita por el sistema mediante el cual suelen manifestar sus pensamientos dichos desgraciados, o sea, valiéndose del punzón que va marcando puntos salientes en el papel, siempre que el Notario comprenda esos signos. Como el testamento ha de leerse después por el Notario y una segunda vez a continuación por otra persona, tanto el testador como los testigos tienen ocasión y tiempo para cerciorarse de si lo que aparece escrito y leído es efectivamente la verdadera disposición testamentaria del ciego. Conviene ampliar hasta términos prudentes las facilidades para*

que aquél pueda testar en forma abierta, porque ésta es la única manera en que el Código le permite otorgar su última voluntad”.

Por su parte ALBADALEJO opina que “creo, por tanto, que si el invidente sabe escribir (lo que es posible en casos de ceguera sobrevenida en edad adulta por enfermedad o accidente), puede muy bien entregar al Notario un borrador o minuta de lo que él quiere que sea su disposición de última voluntad. El Notario, de conformidad con la nota entregada, redactará el testamento y cumplirá, en el otorgamiento, con lo dispuesto en el artículo 698 del Código civil. Es cierto que, aun sabiendo escribir, es posible que le resulte más cómodo hacerlo *expressis verbis* al Notario, pero lo que debe decirse es que la otra posibilidad no está prohibida por la ley y ello por las siguientes razones: 1ª. el testamento del ciego está dentro de la Sección que regula el testamento abierto o nuncupativo y, salvo lo especial para él establecido, vale para todos incluido el del invidente; 2ª. el artículo 698 del Código civil no lo prohíbe y sólo establece la doble lectura como, digamos, especial garantía, dando por bueno que las demás solemnidades le son aplicables; 3ª. tampoco hay salvedad alguna en el artículo 696 del Código civil, que es el que recoge esa otra posibilidad de entregar al Notario nota escrita de lo que ha de ser el testamento. Y finalmente así lo creo porque el testamento del ciego no es un testamento “especial” en el sentido con que el Código civil nos habla del militar, marítimo o hecho en país extranjero, sino que estamos ante una forma extraordinaria del abierto en el que por darse unas circunstancias especiales, la ceguera, en la persona del testador se aumentan las garantías respecto del testamento abierto ordinario”.

CUATRO.— *Lectura y suscripción: cuestiones que plantea.* Cuando sea ciego el testador se dará lectura al testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (art. 698).

La lectura del testamento, una vez redactado, compete al Notario autorizante y constituye para el testador, sin duda alguna, la mayor garantía. Con carácter general, los artículos 695 y 696 del Código civil establecen que el Notario ha de leer el testamento, pues el silencio del artículo 695 lo suplen, como es sabido, el artículo 696 y la referencia que a esa lectura hace, precisamente, el artículo que estamos comentando. Y así se desprende también del artículo 193 del Reglamento Notarial.

Expongamos acerca de esta cuestión, la posición mantenida por los siguientes autores:

- MANRESA (C.c. art. 698, pág. 742-743): tras afirmar que el C.c. resuelve definitivamente que el ciego no puede testar en forma cerrada, dice literalmente lo siguiente: “... y en cuanto al testamento abierto... no requiere ningún otro requisito especial más que la doble lectura del testamento, exigida por el artículo que comentamos...”. Y añade poco después: “Hoy por el contrario, esta clase de testamentos se otorgará en las mismas condiciones y con idénticos requisitos que los demás testamentos abiertos sin otra diferencia que la lectura que de él debe hacer en alta voz uno de los testigos o la persona de confianza que designe el testador para dicho efecto a más de la hecha por el Notario”.

- OSSORIO MORALES afirma que la lectura del testamento es “*el momento más importante en la elaboración del testamento abierto, y que constituye el otorgamiento propiamente dicho, es aquel en que, leído el testamento en alta voz, el testador expresa que el texto a que se ha dado lectura está conforme con su voluntad, ya manifestada*”.

- ALBADALEJO señala que la lectura la ha de hacer siempre el Notario autorizante del testamento, sin que pueda ni deba llegar a discusiones la omisión del artículo 695 del Código civil. Tal silencio debe entenderse como una omisión involuntaria que el artículo 696 subsana (OSSORIO MORALES). El sentir de la doctrina mayoritaria es éste (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, VALVERDE, CASTÁN y otros), en contra de la opinión que sostuvo BURÓN y MUCIUS SCAEVOLA. Con más razón en el caso del testamento de una persona ciega en que, con independencia de la lectura que manda el Código civil, sea doble, una de ellas inexcusablemente corresponde al Notario que como fedatario público concede total y absoluta garantía de que lo consignado en el documento es la voluntad del testador.

Nuestra Jurisprudencia ha declarado conforme a las S.S. del T.S. de 19 de julio de 1899 y 18 de noviembre de 1915, en el testamento ha de expresarse de forma clara y plena su conformidad con la lectura y no es suficiente —dice la última sentencia indicada— con la firma del testador. Lo que, por contra, no es necesario es indicar en el cuerpo del testamento el tiempo que dura la lectura doble del testamento (sentencia del 19 de enero de 1928). Opina ALBADALEJO que con esta doble lectura el legislador quiere garantizar al máximo la imposibilidad de fraudes y que sean dos personas las que, leyendo sucesivamente el testamento, al coincidir en la lectura de su contenido, presten al testador invidente una segura confrontación de su contenido.

¿Quién es o qué circunstancias debe reunir la tercera persona que el testador puede designar, si quiere, en lugar de alguno de los tres testigos instrumentales? Al igual que ocurre en el supuesto del testamento abierto de persona enteramente sorda (art. 697) el Código no es muy explícito. Recojamos algunas de las opiniones que respecto a esa cuestión han señalado nuestros civilistas:

• MUCIUS SCAEVOLA: “... Nosotros creemos que, aun teniendo vínculos de interés y hasta de parentesco con el ciego o el sordo pueden sin tacha alguna desempeñar dicha misión, y hasta precisamente convendrá que reúnan esas circunstancias y otras parecidas que equivalgan a motivos de afectación o de amistad íntima para con dichos desgraciados. Lo que sí debe exigirse es que ni con los herederos o legatarios nombrados en el testamento abierto ni aun con los testigos o Notario, mantengan esas terceras personas relaciones que hagan sospechosa la fidelidad al verificar esa lectura segunda, porque ésta indudable es que tiende a confirmar y ratificar la que previamente practicó el Notario, para que ningún temor de confabulación entre testigos y aquél pueda por el más escrupuloso suponerse. Sin embargo, como los artículos 697 y 698 parecen dar amplias facultades al testador para que a su arbitrio designe esas personas, que han de merecer por completo su confianza, puede pasarse por lo que el ciego o sordo resuelvan, siempre que no se pruebe que en esa designación han mediado maquinaciones insidiosas, dolosas o de fuerza o miedo”.

• ALBADALEJO: “yo creo, para empezar, que raramente el testador invidente acudirá a alguno de los tres testigos, y tal cosa por el sistema de elección de los testigos en las propias Notarías (se suelen llamar a quienes se encuentren allí para llevar a cabo contratos, etc.) y porque, generalmente, el testador no piensa que en su testamento —que él cree secreto y de nadie conocido, salvo del Notario— deba haber nadie presente. Por tanto, lo real es que si es ciego, lleve a persona de su extrema confianza para que lleve a cabo esa otra lectura de confrontación con la realizada por el Notario. Esto no quiere decir que no puede ser uno de ellos, pues el Código lo admite e incluso da a entender que es opcional.

Si el designado por el invidente es uno de los testigos instrumentales, en él concurren, sin duda, los requisitos de idoneidad de todo testigo. Pero si es otra persona, nada se dice”. Y continúa diciendo: “Por mi parte, creo que en esta tercera persona, no testigo, deben darse igualmente los requisitos de los artículos 681 y 682 del Código civil, pues de otra forma el testamento sería nulo”.

¿Es necesario que firme el testador invidente? Mayoritariamente la Doctrina ha pasado por alto esta cuestión; en cambio ha tratado el tema ROCA Y TRÍAS en su comentario a la sentencia de 8 de abril de 1969 (R.J.C., 1970 págs. 301 y ss.) y LACRUZ BERDEJO (nota 5 de la pág. 223 de *Elementos de Derecho Civil*, IV, Barcelona 1981). Este último estima, de acuerdo con la anterior, que si el testador sabe firmar debe hacerlo. En tal sentido es clara la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto con respecto al testamento abierto ordinario o normal, cuando se trata de esta variedad que es el testamento abierto del ciego. Así se desprende, entre otras, de las sentencias de 8 de abril de 1969 (Rep. Aranzadi, 1969, núm. 1.841) y sentencia de 12 de abril de 1973 (Rep. Aranzadi, 1973, núm. 2.284).

Acerca de esta cuestión ALBADALEJO (pág. 160. Tomo IX, Vol. 1º, B de su *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*) opina que: *“Por mi parte, estimo que la firma del ciego, salvo que declare que no sabe o que no puede firmar, haciéndolo entonces por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o en su caso la persona de confianza que le acompaña para la segunda lectura, es imprescindible. Y ello por las siguientes razones: 1º. por haber sido así siempre y lo demuestra la tradición histórica, pues el testamento del ciego no es otra cosa que una variedad del nuncupativo normal y en éste la firma del testador es obligatoria, de suerte que no sería lógico pensar que se exige en casos, podemos decir, de testadores normales, y se prescinde en un supuesto en que se buscan mayores garantías; 2º. porque la falta de firma del testador y su posible sustitución sólo cabe en caso de manifiesta imposibilidad del testador (sentencia de 30 de septiembre de 1911, de 4 de enero de 1952, 17 de febrero de 1956 y 30 de enero de 1964); 3º. que consecuentemente se debe concluir que si se pide en la forma normal, no se debe prescindir en esta modalidad si no es cuando se den iguales presupuestos (art. 695, 2º del Código civil); 4º. que no significa un dato en contra del hecho de que el artículo 698 del Código civil no se refiera a la firma y sí sólo a la doble lectura, pues se debe tener en cuenta que el legislador en 1888 atendía a lo que era normal y esto era que los invidentes eran analfabetos; pero de ahí no cabe deducir que si sabe no tenga por qué firmar, sino todo lo contrario; si sabe debe firmar. Y finalmente porque la jurisprudencia reiterada del T.S. viene sosteniendo que para la validez de los testamentos es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código civil, y resulta que el testamento de una persona invidente está dentro de esa regla general y que, por tanto, debe estar firmado por el propio testador, y si éste no sabe o no puede, lo hará por, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o la otra persona, dando fe de ello el Notario”*.

Añádase la circunstancia de que la “*unidad del acto*” es requisito del que no cabe prescindir y del que afirma el artículo 699 del Código civil que “*todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto...*”. Y el Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades expresadas en la Sección del testamento abierto, en la que precisamente se encuentra el testamento del ciego.

CINCO.— *La unidad de acto*. Esta variante de testamento abierto exige su otorgamiento y autorización uno eodemque actu, y ello en opinión de ALBADALEJO por varias razones: 1ª.— porque el testamento del ciego se encuentra en la misma Sección del testamento abierto y todos los requisitos y solemnidades que pide el Código para la forma ordinaria las pide para esta modalidad; 2ª.— porque así se desprende de la lectura del artículo 699 del Código civil; 3ª.— porque así lo indican ya las fuentes romanas como consecuencia del carácter público y solemne que ya tenía esta forma de testar. El Código civil español apartándose del “*Code*” (art. 976), que lo exige sólo para el cerrado o “*místico*”, lo establece para el testamento abierto en el artículo 699. La justificación de tal exigencia de evitar que mediante interrupciones durante el otorgamiento pueden dar lugar a fraudes o a mermar la seriedad y garantía de la veracidad del testamento, se hacen más necesarias en esta forma por las especiales circunstancias de la persona del testador.

III. LOS CIEGOS ANTE EL TESTAMENTO CERRADO

A) Generalidades.

El artículo 680 del Código civil dispone que “*el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*”.

El testamento común cerrado se otorga ante Notario y cinco testigos (art. 707, regla 2ª); es, pues, un testamento notarial, igual que el testamento común abierto, por razón de la persona que lo ha de autorizar. Podemos, siguiendo a DIEGO ESPÍN CÁNOVAS completar la definición genérica de las formas cerradas testamentarias contenida en el art. 680, con esta intervención de las personas que han de autorizar el testamento común o notarial, diciendo que el testamento cerrado común es “*aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara ante el Notario que haya de autorizarlo, y cinco testigos, que dicha voluntad se halla contenida en el pliego que presente*” (arts. 680 y 707, regla 2ª).

El testamento cerrado coincide con el abierto en ser un testamento otorgado ante Notario y cierto número de testigos, pero a diferencia de éste, en que dichas personas conocen la última voluntad del testador, en el cerrado el contenido de su voluntad permanece secreto limitándose aquéllos a dar fe y testimonio de su otorgamiento. En relación con el ológrafo se diferencia netamente, ya que en éste no interviene nada más que el testador en su otorgamiento y ha de escribirlo él mismo de su puño y letra, mientras que en el cerrado, puede estar escrito por persona distinta del testador.

El testamento cerrado desde su redacción hasta su protocolización atraviesa por diferentes fases que JAIME SANTOS BRIZ denomina de escritura y redacción, de clausura de la cédula testamentaria, de manifestación del testador, de acta de autorización, conservación y custodia del testamento, y por último apertura y protocolización. En cambio DIEGO ESPÍN CÁNOVAS diferencia tres fases:

— En una primera fase, de carácter privado, y por tanto secreto, se ha de escribir el testamento. Se incluirán en la misma los momentos relativos al de escritura y redacción, y al de cláusula de la cédula testamentaria.

— En la segunda fase, de comparecencia ante Notario y testigos, tienen lugar todas las formalidades que tienden a acreditar que en el pliego cerrado presentado por el testador se contiene su última voluntad. Se incluyen en la misma los momentos correspondientes a la manifestación del testador y al acta de autorización.

— En la tercera fase, tiene lugar la conservación del testamento para que una vez ocurrido el fallecimiento del testador, pueda surtir efecto mediante presentación ante la autoridad judicial, que ordenará la comprobación de la autenticidad de su cubierta externa y protocolización en la Notaría en que se hubiese otorgado.

Por lo que respecta al presente trabajo interesa que nos detengamos en el examen de los siguientes instantes:

a) *Escritura y redacción.*

Dice el art. 706 que *“el testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.*

Si lo escribiese el testador por sí mismo, rubricará todas las hojas y pondrá al final la firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

Si lo escribiese otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no pueda o no sepa firmar, lo hará a su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad”.

Del transcrito artículo se deduce que el testamento cerrado ha de ser escrito y que la escritura puede hallarse en papel, que no es preciso sea timbrado, y también en otra materia como pergamino o tela, siempre que claramente conste su contenido por escrito, aunque después la interpretación presente problemas.

El requisito que exige dicho precepto de que el testador firme en todas y cada una de las hojas de la cédula tiene el significado, según indica la sentencia de 7 de julio de 1943, de evitar que puedan ser sustituidas las hojas en que se redactó el testamento o puedan intercalarse nuevas hojas, y, además indica que aquél ha leído lo que el amanuense escribió por su orden o al dictado, y que se conforma con ello.

La expresión de la fecha (lugar, día, mes y año) en que se otorga, ha de estimarse requisito necesario para la validez del testamento, aunque parece deducirse otra cosa del párrafo 1 del art. 706, al menos comparando su redacción con la de los párrafos restantes, de tono imperativo inequívoco.

De la regulación del artículo citado y de la relativa a protocolización puede deducirse no ser indispensable que el testador escriba de propia mano el testamento, ya que, de forma expresa, permite la ley que lo escriba otra persona. Por tanto, creemos que puede ser escrito a máquina y ser válido así, siempre que reúna los demás requisitos. Indiquemos que conforme a la nueva redacción que se ofrece con el ya citado proyecto de Ley de 26 de abril de 1982 el apartado 3º del art. 706 quede de la siguiente manera: “... *si estuviere escrito a máquina o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento*”.

La fecha que figura en el documento es sin duda la fecha del testamento y no la del acta que se extenderá en la cubierta en que quede cerrado. Y a dicha fecha ha de atenderse para calificarla conforme el art. 666, la capacidad del testador, ya que entonces es cuando otorga el testamento y ese momento es el “*únicamente*” atendible.

b) *Cláusula de la cédula testamentaria.*

Consiste en el acto de meter el documento que contiene el testamento en un sobre; lo que puede llevar a efecto el testador privadamente, es decir sin estar presente ninguna otra persona, o realizarlo ante el Notario y los testigos. Así el art. 707, reglas 1ª y 2ª, determina como 1ª de las formalidades que expresa: *“El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta”*.

En su 2ª regla dice: *“El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres al menos, han de poder firmar”*.

Esta formalidad tiene por fin, como expresa la sentencia de 20 de noviembre de 1907, asegurarse de la identidad del pliego en ella cerrado, de tal forma que conforme al art. 742 se presumirá revocado el testamento cuando aparezca, entre otros supuestos, con las cubiertas rotas, y cuando el testamento puede extraerse sin fractura de los lacres y póliza se infringe la norma legal que exige que aquél no pueda extraerse de la cubierta cerrada y sellada sin romper ésta.

c) *Manifestación del testador.*

La regla 3ª del art. 707 dispone que: *“en presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presente contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena y firmado por él, al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona”*.

El Notario autorizante ha de ser, según norma general, hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y los cinco testigos han de ser idóneos, conforme a las normas generales, y de ellos, como hemos ya indicado, tres al menos, han de poder firmar; sin que sea suficiente, por tanto, que sepan firmar si no pueden hacerlo.

JAIME SANTOS BRIZ observa que la aludida manifestación del testador lo es meramente de hechos y no de última voluntad, y es lo único que pueden atestiguar tanto el Notario como los testigos. El testamento se halla cerrado en el sobre y su contenido es desconocido para aquéllos.

B) *Incapacidad de los ciegos para su otorgamiento.*

a) *Planteamiento legal.*

El C.c. establece una capacidad de testar para el testamento cerrado más restringida que para el abierto, puesto que su art. 708 preceptúa imperativamente que: “*no podrán hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*”.

En cambio, sí puede otorgarlo la persona que no sepa o no pueda firmar, si bien expresando la causa de la imposibilidad (art. 706, párr. 3), y también los sordomudos y los que no puedan hablar pero sí escribir, pero observando las formalidades que señala el art. 709.

Ese precepto es análogo con el artículo 662 del proyecto de 1851 e igual al artículo 706 de 1882.

Concuerda con el artículo 978 del Código de Francia, 604 del de Italia, 1.530 del de Méjico, 1.079 del de Colombia, 1.022 del de Chile, 779 del de Guatemala y 3.665 de la República Argentina.

b) *Fundamento de lo que dispone el artículo.*

La Doctrina que encierra el artículo 708 estaba implícitamente comprendida en la legislación anterior, principalmente al regular las condiciones de la clase de testamento que el ciego podía otorgar, y a que nos hemos referido extensamente en el comentario del art. 698. El Derecho romano tampoco, según dijimos, permitía al ciego hacer otro testamento que el nuncupativo. La capacidad relativa a los que saben leer la encontramos ya en la Constitución 25, tít. XXIII, libro VI del Codex Iustinianus.

Acerca del fundamento de lo que dispone el art. 708, a continuación exponaremos la posición de diversos autores que se han ocupado del tema en nuestro país:

— Para MUCIUS SCAEVOLA (pág. 579 en su Código civil, Comentado y Concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por MIGUEL MORENO MOCHOLI, “INSTITUTO EDITORIAL REUS” 1950), “*los motivos que aconsejan la prohibición del art. 708 son comunes para el ciego y para los que no saben o no pueden leer. Casi podrían comprenderse todos en esta última idea. Sin embargo, al mencionar especialmente a los privados de la vista ¿querrá darse a entender la existencia de ciegos que saben y pueden leer, aunque sea por medio de los sistemas inventados para la educación de esos desgraciados? No es la dificultad de enterarse del testamento por sí mismos, con la ayuda del sentido del tacto, en ellos desarrollado extraordinariamente, la causa de que se les incapacite para testar en la forma cerrada.*”

Tanto a los ciegos como a los que no saben ni pueden leer no les es posible cerciorarse de si las terceras personas de quienes tendrían que valerse, escribían lo que ellos les dictaran, y como en el testamento cerrado, en su primer momento, no intervienen más que el testador y el amanuense o personas que le ayuden o sustituyan en la tarea de escribir, no habría modo de establecer otras mayores garantías para evitar el engaño de que en el pliego que había luego de cerrarse, se consignara cosa distinta de lo que el disponente quiso, sin quebrantar, por otra parte, la naturaleza secreta de esa forma de testar. Porque en el testamento nuncupativo del ciego, como se otorga en un solo momento y con publicidad, la precaución de la lectura de lo escrito, primero por el Notario y después por un testigo o persona de la confianza del testador, garantiza a éste, de la manera relativa que puede apetecerse, dada la imperfección de las cosas humanas, de cualquier superchería o dolo que contra su última voluntad pudiera maliciosamente intentarse. Y todas las demás solemnidades se refieren a aquel solo instante del otorgamiento, que es al que con exclusividad se dirigen las atenciones y medidas de precaución del legislador. Pero en el testamento cerrado no bastaría con que el ciego o el que no supiese o no pudiese leer se penetrara de la idea de que el escrito testamentario contenía su última voluntad; ahí no concluye la forma cerrada de testar: después de puestos la cubierta y los sellos no quedarían igualmente seguras esas personas de que el pliego pudiera con habilidad ser sustituido por otro en el momento en que se realizase la entrega ante Notario y testigos, o sea cuando se verificara el verdadero acto del otorgamiento”.

No por ello quedan desheredados de la facultad de testar los ciegos y los que no lean por impotencia o por ignorancia. Pueden testar según ya sabemos en forma nuncupativa. Lo que establece el art. 708 es una incapacidad relativa de testar, que por lo tanto, no pudo ser incluida al lado de las prohibiciones del art. 663.

La doctrina que se deriva del art. 708 y de los dos que le preceden comprende el caso de que una persona sepa leer pero no firmar: Fundándose en esta posibilidad autorizan para que firme por el testador otra persona o un testigo de los del otorgamiento. Y esto obedece a que la realidad ofrece casos, aunque los menos, de sujetos que saben deletrear y hasta leer, aunque incorrectamente, y, sin embargo, no escriben o no saben poner su firma.

En cambio, el que sabe escribir, es seguro que lee por lo menos lo que escribe; mas el que pone la firma bien puede no saber leer, a pesar de cuya habilidad de dibujante no está facultado para otorgar testamento cerrado. Lo

esencial para éste es el que se descifre la lectura, sépase o no escribir, sépase o no firmar.

El testador, aun testando por medio de otro individuo, ha de quedar tranquilo y seguro de que lo dicho en el pliego cerrado es efectivamente lo que él quiso que se consignara, pues en otro caso hablaría y diría públicamente cuál era su última voluntad.

Los tratadistas, principalmente extranjeros, discuten el punto de si el arte de la lectura ha de requerirse con referencia a documentos manuscritos o impresos; es decir, si para testar en forma secreta se ha de saber leer letra manuscrita o impresa. Los jurisconsultos franceses GRENIER, DURATON y TROPLONG opinaron que debe exigirse conocer la lectura de manuscritos. MARCADE, COIN DELISLE, DEMOLOMBO y otros distinguieron los casos en que la cédula testamentaria se extendiera en caracteres gráficos, de los que esté extendida en caracteres estampados o tipográficos; y señalaron la incapacidad o capacidad en cada uno de los respectivos casos para otorgar testamento secreto. A nuestro entender, en el vigente Código español no puede haber cuestión, porque si en teoría podíamos gustosos suscribir a una de esas opiniones, en los términos de Derecho positivo no es posible sostener otro criterio que el que nace de la recta y clara inteligencia de los preceptos legales. La capacidad de leer ha de referirse a los documentos manuscritos porque el art. 706 no permite otras formas de testamento cerrado que tres: una, la que puede escribir en totalidad por sí mismo el testador, otra, la que un amanuense, a su ruego, escribe por él, firmando éste y otra, la que escribe tercera persona, cuando el primero no sabe ni puede hacerlo. Además, el testamento impreso, para los fines que persigue el Código español, no puede ostentar los caracteres de individualización de la letra con que está escrito.

Nosotros creemos que, tanto la ceguera como la impotencia o ignorancia de la lectura, han de existir en todos los instantes que medien desde el que indebidamente y contra ley pudo redactarse el testamento por una tercera persona hasta que se extienda el acta de otorgamiento. Porque si, por ejemplo, se escribe una cédula testamentaria a ruego de un testador que no sabe ni puede leer, con el propósito de convertirla en testamento secreto, y con el transcurso de algunos meses, durante los cuales no se hace la entrega del pliego cerrado y sellado a Notario y testigos, el autor de ese proyecto de testamento recupera la facultad de poder leer, cuyo ejercicio tenía en suspenso por una dolencia, o aprende lo que antes ignoraba, a contar de dicho momento y antes de la otorgación propiamente dicha, está en condiciones de cerciorarse de si

lo escrito obedece con fidelidad a lo que él manifestó al amanuense: Por lo tanto, aunque se probara que en el momento mismo de la extensión del testamento, su autor no sabía o no podía leer, si después supo y pudo, antes del acto de la entrega y del otorgamiento, y esto también se acredita, la disposición testamentaria, aun impugnada de nulidad, por ley de lógica y por el sentido racional de los preceptos que estamos examinando, tendría en justicia que ser considerada valedera, eficaz y otorgada con todas las solemnidades por el Derecho exigidas. Y no importa decir que el art. 708 no distingue de momentos en los que no sepa o no pueda leer; aquí no cabe ese argumento de interpretación, porque ya hemos repetido en el transcurso del presente y del anterior comentario que el testamento cerrado se compone de dos esenciales momentos, perfectamente separados e independientes, los cuales alguna vez es necesario unir, aunque no sea más que idealmente, como sucede en el caso del que venimos tratando, y otras separar, cual acontece al observar el interesante problema de la capacidad legal que ha de requerirse al otorgar esa forma de testar.

De la misma suerte, el ciego que al tiempo de escribirse el testamento por la tercera persona, está imposibilitado de leer lo que éste escribe, puede recobrar la vista después con el auxilio de la ciencia médica y, no sólo enterarse a conciencia de lo que a su nombre se consignó en la cédula testamentaria, sino hasta desaprobare y revocar todo lo escrito y volver a testar en la forma que más le pluguiere.

En cuanto al grado de vista o al grado de ignorancia o impotencia para leer en el caso de que tratamos, difícil es marcar un límite exacto, de los lados del cual se hallen la capacidad y la incapacidad para testar secretamente. El conocimiento de la lectura no ha de ser perfecto, ni la vista se requiere hasta el extremo de que se niegue la capacidad, como expresa un autor italiano, a aquel que sólo ve mediante lentes de estructura especial. El ciego ha de ser completo, y la ignorancia o imposibilidad de leer también evidentes. Como hemos dicho en anteriores comentarios, nadie mejor que los Tribunales pueden establecer esas graduaciones para los casos concretos, y en vista de los problemas litigiosos que ante su examen y resolución se presenten. A las compilaciones legales les es imposible en muchas ocasiones fijar el punto exacto y medida del alcance que hayan de recibir la concesión y prohibición del ejercicio de determinados derechos; porque precisamente, teniendo en cuenta estas consideraciones, entre otros motivos, se ha otorgado autoridad obligatoria a las resoluciones de la jurisprudencia. Por último, la prueba de no saber o no poder leer el testador, corresponde al que la alegue en juicio. Un decreto de la

jurisprudencia francesa, de 22 de junio de 1852, que cita ROGRON, declaró que en materia de testamento místico, cuando se ha partido del hecho de que el testador podía leerlo, hay la presunción de que lo ha leído antes de la entrega y depósito, no habiendo necesidad de demostrarlo: El que pretenda que dicho testador, por una circunstancia accidental, se encontraba en la imposibilidad de leer su testamento, debe proporcionar la prueba de esta imposibilidad.

— CASTÁN (pág. 101 y 102 de su obra *Derecho civil español común y foral*, Tomo VI, Vol. II, REUS, S.A.) señala que “*El fundamento y justicia de la prohibición no pueden ser más evidentes. Los que no saben o no pueden leer no podrían cerciorarse de que las terceras personas de que había de valerse para escribir su testamento, consignaban fielmente lo que ellos dictaban, y, de consiguiente, permitir el testamento cerrado, de dichas personas sería dar ocasión a numerosos fraudes. Y en cuanto a los ciegos que sepan escribir, la prohibición obedece también a una medida de prudencia, pues sería fácil sustituirlas o suplantarlas el pliego que contuviese su testamento*”.

— MANUEL ALBADALEJO (pág. 54 de sus *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 2º) opina que “*es claro el fundamento de que no puedan utilizar la forma cerrada de testar las personas que señala el artículo: que no les cabe cerciorarse por sí mismos de que sea su última voluntad la que se ha escrito y quedado encerrada en la cubierta del testamento que se presenta al otorgarlo notarialmente. Y la ley, para evitar fraudes, no acepta que se cercioren a través de otra en la que confíen. En efecto:*

1º. En cuanto a los ciegos, su falta de visión les impide comprobar por sí que efectivamente el escrito que se pone dentro de la cubierta es el que contiene su testamento, de modo que cabría que alguien tuviese la posibilidad, de la que se aprovechase maliciosamente, de sustituirlo por otro papel de tacto análogo.

Además, el ciego, salvo que sepa escribir y haya escrito él el testamento, caería también bajo lo que digo a continuación:

2º. En cuanto a los que no sepan o no puedan leer, les es imposible comprobar por sí que lo escrito en el pliego interior corresponde a lo que ellos declararon querer”.

(En la nota que adjunta bajo el número 1 dicho autor considera que “casi habría bastado decir los que no **puedan** leer, ya que no **puede** el que no sabe. De cualquier manera, diciendo también **los que no sepan** se evita el riesgo de

que cualquier intérprete mantuviese la tesis de que los que no sepan escribir podrían otorgar testamento cerrado porque la ley sólo excluiría a los que sabiendo no pueden”).

En su comentario al precepto en cuestión ALBADALEJO examina las siguientes cuestiones:

... **No poder leer visualmente.** En cuanto a quién hay que estimar a los efectos presentes que no puede leer, por no saber o por, aun sabiendo, no poder, es toda persona que aun cabiéndole percibir por la vista, le quepa con tal grado de imperfección que no le sea posible percatarse con exactitud de lo escrito, o toda persona que, a pesar de tener alguna noción de lectura visual, no sea la suficiente para entenderlo también con exactitud.

He dicho que el leer que pide nuestro Código es leer con la vista. Me baso en que, aunque no lo especifique, se deduce así tanto de ser el sentido usual de la expresión “*poder leer*”, como de que al hablar antes de “*ciegos*” el artículo está poniendo de relieve que se refiere a quienes, aun sabiendo leer, no pueden hacerlo por razón visual.

Consiguientemente no sirve para testar por cerrado saber leer por otros procedimientos (así, Braille).

... **Momento de la existencia del defecto.** La ceguera, impotencia o ignorancia de la lectura ¿cuándo deben existir para impedir testar por cerrado?

SCAEVOLA cree que “*han de existir en todos los instantes que medien desde el que indebidamente y contra la ley pudo redactarse el testamento por una tercera persona hasta que se extienda el acta de otorgamiento*”.

Con tal criterio, si en algún momento desde la redacción del escrito interior hasta el otorgamiento notarial no se es ciego o se sabe o puede leer, el testamento cerrado valdría.

En mi opinión, en el presente tema hay que preguntarse si la aptitud pedida por la ley —no ser ciego y saber y poder leer—, pertenezca o no a la capacidad del sujeto, al menos corresponde juzgarla con los mismos criterios que la capacidad y distinguir las posibilidades de que tal aptitud sea pedida: a la redacción del escrito interior, al otorgamiento notarial, en ambos momentos o desde uno a otro.

En cuanto a que se trate o no de capacidad, no importa, pues, de cualquier modo, es seguro que “*no pueden hacer testamento cerrado*” esas perso-

nas; y creo que el caso debe de ser juzgado como reuniéndose la aptitud —no ser ciego y saber o poder leer— a tenor de lo siguiente:

El momento es el de redactar el escrito interior para en él poder —leyéndolo el testador, si es que no lo escribe— comprobar que se recoge lo que manifestó y, además, el de encerrar el escrito en la cubierta para que le quepa comprobar también que el escrito que se encierra es el redactado. Aparte de eso, debe de poder ver el testador al presentar el sobre cerrado al Notario y los testigos, para poder comprobar que es ése el sobre en que se encerró el escrito interior.

Todo eso se justifica habida cuenta de lo dicho sobre el fin que se persigue con las exigencias de que el testador no sea ciego y sepa y pueda leer.

... **Poder leer entendiendo el significado de lo escrito.** Ese fin justifica asimismo que, aun sabiendo y pudiendo leer el testador, no sea posible que el testamento esté escrito con caracteres y en idioma que aquél desconozca, ya que entonces, aunque los vea y lea, no podrá entender su significado, y puesto que, como sabemos, cerciorarse de él es cosa que debe hacerse personalmente y no por intermediario o traductor, que quepa hacerlo así, no valdría como caso de saber y poder leer. En definitiva, pues, no sólo el testador tiene que saber y poder leer, sino que entender los caracteres y lengua en que esté redactado el escrito interior. De modo que se podría decir que la exigencia de poder leer encierra el espíritu de poder leer entendiéndose lo que se lea.

... **Nulidad del testamento por falta de las circunstancias exigidas, y prueba de esa falta.** A falta de alguna de las circunstancias dichas, el testamento es nulo.

La prueba de que falta alguna de aquéllas corresponde a quien aduzca la nulidad. No porque se parta en general de la presunción de que todo testador no es ciego y sí sabe y puede leer, sino porque, partiendo de que el testamento existe y de que de la aptitud, a su juicio, para otorgar el testamento cerrado ha debido dar fe el Notario, la demostración de ser inexacta tal apreciación corresponde al que lo afirma y se basa en ello para impugnar el testamento.

— JAIME SANTOS BRIZ (pág. 281 de su *Derecho civil*, Tomo VI, *Derecho de sucesiones*).

Considera que “estas prohibiciones se hallan suficientemente razonadas ya que los ciegos o los que no saben leer no pueden cerciorarse de si la persona

que utilizan para redactar el testamento, ha reflejado exactamente la voluntad del testador, y además el ciego no podría advertir la suplantación del pliego que contenga su testamento, extremos, que no pueden comprobar el Notario y testigos instrumentales por ser desconocido para ellos el contenido del testamento. Para obviar estas dificultades no sería suficiente que el ciego haya recibido una instrucción especializada, ya que también exigiría la comprobación de que su voluntad ha sido recogida fielmente en el documento que escribiese, lo que no sería posible una vez fallecido el otorgante, aparte de que siempre existiría el riesgo de suplantación de documentos”.

— DIEGO ESPÍN CÁNOVAS (pág. 271 de su *Manual de Derecho civil español*, vol. V) señala que “como el testamento cerrado puede estar escrito por otra persona, son capaces para su otorgamiento los que no puedan escribir (por algún impedimento, con tal que puedan leer); lo esencial es, por tanto, saber y poder leer para cerciorarse de lo escrito y que corresponde fielmente con el testamento que se quiere otorgar; pero en cuanto a los ciegos, incluso aunque sepan leer, no se estima prudente que puedan otorgar este testamento, que requiere no sólo poder leer, sino asegurarse de que lo escrito es efectivamente lo que se contiene en el pliego cerrado que se presenta al Notario. Por estas razones el Código dispone que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer” (art. 708).

— XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ (pág. 145 de *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*). Refiriéndose al art. 708 afirma que se trata de una “incapacidad que es lógica, pues al ciego se le podría sustituir el documento o el pliego en que se encuentra, que contiene su declaración de voluntad testamentaria. Los que no saben o no pueden leer no podrían comprobar que la persona de que se valieran para redactar su declaración la consignaban fielmente”.

— LACRUZ BERDEJO (pág. 241 de su *Derecho de Sucesiones*) piensa que “... pueden otorgar testamento cerrado todos los que puedan leer el escrito testamentario, aunque no puedan o sepan escribir. Lo importante es que sea indudable que dicho escrito contiene realmente su última voluntad. Por esa misma razón dispone el art. 708 del Código civil que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer. Es decir, tampoco quienes, sin saber leer, pueden dibujar su firma; o quienes no pueden leer los caracteres con que está escrito el testamento, o el idioma”.

IV. EL CIEGO ANTE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Testamento ológrafo es aquel que escribe por su mano totalmente y firma el propio testador, con expresión de fecha.

Según el art. 688-1º, el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

¿Pueden otorgar los ciegos esta modalidad testamentaria? Conozcamos la posición de diferentes autores en torno a dicha cuestión:

— MUCIUS SCAEVOLA (en la pág. 384 de su C.c. comentado y concordado extensamente, revisado y puesto al día por MIGUEL MORENO MOCOLI) de forma extensa considera que *“En cuanto a los ciegos, al proponer tal duda, tenemos presentes los modernos inventos hoy conocidos y hasta generalizados entre esos desgraciados, merced a los cuales consignan perfectamente sus pensamientos, despachando por sí mismos su propia correspondencia y grabando hasta los signos musicales, existiendo métodos, composiciones y obras literarias, científicas, etc., compuestos para ser comprendidos por el ciego, merced al exquisito tacto que los de su clase gozan. Dichos inventos se fundan todos en la impresión que en la yema de los dedos producen determinado número de puntos de relieve hechos por punzón sobre papel especial para el caso; punto que, según el número, constituyen el alfabeto y el pentagrama del ciego. Pues bien: ¿podrá éste, por este medio, testar, o aun valiéndose de la escritura normal, si a tanto llegan su ingenio y raras habilidades?”* Casos de éstos, aunque no frecuentes, se dan en realidad; en el Repertorio de Jurisprudencia de DALLOZ se citó el ejemplo de la Marquesa Deffentes, la cual, no obstante haber perdido la vista, podía, con la ayuda del tacto, continuar su correspondencia con Voltaire y con otros sus amigos. El jurisconsulto Vittore Vitali estimó que, no pudiendo presumir la incapacidad, ni prohibiendo ningún texto de la Ley, debe sostenerse que la ceguera no es impedimento legal para testar en la forma ológrafa; y en este sentido lo juzgó el Parlamento de París, en una sentencia de 1770; opinión que combaten autores como GRENIER, ALCIRI, BORSARI, PAOLI y otros; aunque los más, según el primero, admiten que el ciego que sepa escribir y leer pueda válidamente disponer en dicha forma. TROPLONG resuelve la dificultad admitiendo la intervención de un tercero, al dar el ciego forma a sus disposiciones ológrafas, pero sólo para dirigirlo en la escritura, como para ponerle la mano sobre el papel, guiársela desde el principio hasta el fin de la línea, hacerle avanzar conforme escribe, advierte cuando ocurra, de algún entorpecimiento de la pluma, etc.;

cuya doctrina estableció una sentencia de la Corte de apelación de Nancy de 19 de febrero de 1846; confirmatoria de otra de 11 de marzo de 1845, y, a su vez, confirmada por una tercera del Tribunal de Casación de París de 28 de junio de 1847.

Nosotros, con vista de tales antecedentes y del atento estudio que hemos hecho sobre cuestión tan interesante como la propuesta, opinamos que no cumple los requisitos del art. 688 ni se amolda al espíritu del legislador el testamento ológrafo del ciego hecho por medio de puntos de relieve en el papel con ayuda del punzón. No es posible en él hacer la identificación que, como requisito esencial, se previene en los preceptos que hemos de examinar después, de tal suerte, que lo grabado por un ciego en tal manera sea fácil distinguirlo de lo que haga cualquier otro ciego. Y como el testamento ológrafo descansa precisamente en esa base de confianza, en la de llegar a inspirar la creencia de que la escritura expresiva de la última voluntad de una persona es de ésta misma, y no de ninguna otra, por los caracteres individuales y distintivos que ofrecen los trazos ortográficos de cada sujeto, resulta que, al menos en nuestro Derecho positivo, es imposible con fundamento autorizar la validez de una última manifestación exteriorizada en la indicada forma. Ahora, dentro del criterio de otras legislaciones, existiendo otras garantías y siendo otra la reglamentación del testamento ológrafo, no negamos que pueda sostenerse la tesis contraria, aunque la creemos algo atrevida, dada la naturaleza especial de tal manera de testar.

Tratándose del ciego que pueda escribir por medio de caracteres alfabéticos, la cuestión ya varía, pues a ellos alude el art. 688, al requerir que el testamento esté todo él escrito por el testador; en cuya virtud, todos los que puedan escribir en dicha forma podrán asimismo testar por sí solos. La prueba de ello es que no se establece prohibición alguna contra los ciegos ni contra las demás personas que sepan escribir, como lo hace el legislador en el art. 708, al tratar del testamento cerrado.

Es muy posible que un ciego pueda, con ayuda del tacto y contando con disposiciones y hábito grandes, escribir por medio de la pluma o del lápiz con tanta seguridad como uno que goce de la vista; y aunque deba aconsejarse a los Tribunales que procedan con extraordinaria cautela y prudencia en la comprobación de letras y diluciden cuanto les sea posible el extremo de si ese ciego disfrutaba de la habilidad de escribir por sí mismo en la firma que muestra el escrito objeto de las diligencias judiciales de protocolización, es de justicia evidente que no se restrinja en el caso bajo que vamos discuriendo la testa-

mentifacción activa del ciego, cuando el Código tiene declarado solemnemente que pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente; luego con arreglo a principios análogos y por los axiomas jurídicos de “*odiosa sunt restringenda, favores sunt amplianda*” e “*in dublis benigniora praeferenda sunt*”, cabe estimar que el ciego que sabe escribir con caracteres alfabéticos, está capacitado para otorgar testamento ológrafo.

Al estudiar esta modalidad testamentaria LACRUZ BERDEJO (en la pág. 245 de su obra *Elementos de Derecho civil*, V) señala que “*En cuanto a los ciegos —dice OSSORIO MORALES— aun reconociendo que de hecho será sumamente difícil que puedan utilizar esta forma testamentaria, es lo cierto que el Código no se lo prohíbe (como lo hace en el caso del testamento cerrado, art. 708), por lo cual se estima que, si el ciego puede escribir por medio de caracteres alfabéticos, el testamento ológrafo, por él otorgado será válido, ya que según el art. 662, pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y no existe prohibición expresa alguna que se refiera a los ciegos cuando del testamento ológrafo se trata. No sería, en cambio, admisible que el ciego otorgase testamento escribiéndolo por el método Braille, ya que los caracteres de esta escritura no pueden servir para individualizar a su autor*”.

JAIME SANTOS BRIZ (en la pág. 293 de su obra *Derecho civil, Teoría y Práctica*, Tomo VI, *Derecho de Sucesiones*) considera que “*requisito de capacidad es también que el testador sepa escribir; el testamento ológrafo ha de ser autográfico. De esta forma el testador tiene la seguridad de que expresa su auténtica voluntad, lo cual no ocurriría aunque sepa leer pero no escribir*”. Y continúa diciendo tal autor que “*hay algunos supuestos dudosos. Así en cuanto a los ciegos, la opinión debe de ser negativa si no saben escribir, e incluso aunque sepan, ya que no pueden cerciorarse de si lo escrito responde a su voluntad, ello aparte de la facilidad con que podría sustituirse el documento por otro. Tampoco es admisible que el testamento se escriba en caracteres Braille, por no ser adecuado este sistema para distinguir unos escritos de otros ni para identificar al testador y suscitaría dificultades graves para su legalización posterior*”.

XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ (en la pág. 154 de su *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*) opina a este respecto que “*si bien el Código civil no establece ninguna otra norma sobre capacidad, es evidente que, por imposibilidad material, no podrá tampoco otorgar testamento ológrafo el que no sepa o no pueda escribir. Tampoco el ciego, a no ser que*

sepa escribir con caracteres alfabéticos, pues no sería válido si lo escribiera con máquina de escribir o con sistema Braille por faltar el elemento esencial de la autografía total y ser imposible demostrar su autenticidad, es decir, que lo ha escrito él personalmente”.

V. LOS CIEGOS ANTE LAS FORMAS EXCEPCIONALES DE LOS ARTÍCULOS 700 Y 701

¿Pueden los ciegos utilizar en la otorgación de su de su testamento las formas excepcionales establecidas por los arts. 700 y 701 por los casos de inminente peligro de muerte y tiempo de epidemia?

MUCIUS SCAEVOLA (pág. 491 de su obra ya citada) se refiere a esta cuestión diciendo que *“no es tan sencillo el problema como pudiera parecer porque cuando la ley, o mejor dicho, el descuido del legislador deja francas las puertas a la interpretación y ésta se nos ofrece lógica, en sus dos fases, la afirmativa y la negativa, es peligroso dar una opinión cerrada, igualmente expuesta a controversia científica”.*

El tema de si los ciegos pueden testar mediante las reglas excepcionales sancionadas por los artículos 700 y 701, o sea, sin la asistencia del Notario, pertenece a dicha categoría.

Dicen los que sostienen la solución permisiva que sin duda el legislador no tuvo presente, al redactar los artículos 700 y 701, la contingencia de que un ciego pudiera querer testar en las circunstancias extremas y angustiosas de los últimos momentos o en tiempo de epidemia, pero que esto no obstante, al no dictar declaración expreso prohibiéndolo, debe deducirse que su intención fue autorizar a los ciegos para que pudieran gozar de los privilegios concedidos para dichos casos excepcionales.

Y añaden los que defienden esta opinión: Del propio modo, las reglas que enuncian los arts. 694 y 696 se aplican, dada la generalidad con que están dictadas, a los testamentos otorgados en tiempo de peste y de peligro inminente de muerte. Y exigiéndose en aquéllos que el testador exprese su voluntad a los testigos y al Notario, que éste dé fe de la declaración de aquél de no saber o no poder firmar; que igualmente dicho Notario certifique de hallarse el testador, a su juicio, con capacidad legal para testar, ninguno de estos requisitos sería posible cumplir en las mencionadas formas privilegiadas, porque en todas ellas está dispensada la intervención del Notario, sin que los citados artículos 700 y 701 indiquen la manera o la persona que ha de suplir el cumplimiento de esas formalidades.

Los que sostienen la tesis contraria se apoyan en que teniendo el art. 698 un carácter especial, limitado al testamento de los ciegos, no es posible subordinar esta especialidad a los preceptos genéricos dictados para los que se hallan en la plenitud de sus facultades físicas e intelectuales, por la misma razón que las leyes especiales derogan y condicionan la ley general en el punto concreto sobre el que aquéllas versen.

Aparte esta razón de hermenéutica, tan poderosa o más que la alegada por los contrincantes, deducida del silencio de la ley, ¿cómo prescindir de la asistencia del Notario, si aun esta garantía no le ha parecido suficiente al legislador, y ha exigido el requisito de la doble lectura del testamento? ¿Es posible mermar solemnidades en casos de verdadero apremio y atolondramiento cuando en las circunstancias normales se aumentan para asegurar mejor la autenticidad del documento testamentario?

Armonizando estas dos tendencias, pretenden algunos salvar la dificultad, manteniendo el requisito de la doble lectura en el testamento otorgado por un ciego en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia, pero prescindiendo de la asistencia del funcionario notarial.

En rigor, tal forma verdaderamente jurídica, resolvería el problema, si no fuese una creación de la lógica, mas no de la ley.

Nuestra opinión se inclina resueltamente del lado de los que defienden la negativa; pero volvemos a repetir: mientras una declaración legislativa o un fallo del Tribunal Supremo no resuelvan terminantemente la cuestión, hay argumentos poderosos para sostener el pro y el contra, sin que tanto al mantener los unos como al defender los contrarios, se incurra en error de bulto o en notoria herejía jurídica. Cuando el dogma no existe, no puede haber herejes.

2.^a PARTE: LOS CIEGOS Y EL ARTÍCULO 708 DEL C.c.

I. “... *Los ciegos...*” En su sentido gramatical la expresión ciego sirve para designar a los sujetos privados de la vista. La vista o visión son términos sinónimos de ojo o del conjunto de ambos ojos, que sirven para referirse al sentido corporal con que se ven los colores y formas de las cosas. También nos encontramos otras acepciones de vista tales como el campo que se descubre desde un punto, y en especial cuando presenta extensión, variedad y agra-

do; o aquella otra de conocimiento claro de las cosas. Además puede ser utilizado el término vista, para significar la facilidad de aprender o reconocer las cosas.

En nuestro idioma se suele emplear la expresión **prébita** para aludir a los sujetos de vista cansada; o sea, se aplica al que por defecto de acomodación del ojo, percibe difícilmente los objetos próximos, y con mayor facilidad los lejanos. Depende las más veces de falta de conexidad en los medios transparentes del ojo.

Con la expresión **miope** se alude al sujeto corto de vista, que por exceso de refracción de la luz en el ojo, necesita aproximarse mucho a los objetos para verlos.

En ocasiones se suele decir también que un sujeto tiene **vista de águila** para señalar que es la que alcanza y abarca mucho. En otras la de **vista de lince** para aludir a la muy aguda y penetrante; con la de **vista de pájaro** con que se denota que se ven o describen los objetos desde un punto muy elevado sobre ellos. También es empleada la expresión **dobles vista** para indicar la facultad extraordinaria de ver por medio de la imaginación cosas que realmente existen o suceden, pero que no están al alcance de la vista.

La expresión a **vista de ojos** denota que uno ve por sí mismo una cosa. Con la de **clavar la vista** se alude a fijar la vista, y **dar vista a una cosa** expresa avistarla, alcanzar a verla, mientras que con la de **echar uno la vista**, elegir mentalmente una cosa entre otras. También con la de **fijar uno la vista** se quiere significar ponerla en un objeto con atención y cuidado. Con la de **hacer la vista gorda** se alude a fingir con disimulo que no ha visto una cosa.

¿Pero, cuál es el concepto que de ciegos tiene el Derecho Español? Nuestro Código civil no ofrece definición alguna acerca de qué deba entenderse por ciego; la Normativa civil emplea dicho término en los siguientes preceptos del Código:

— El artículo 681, refiriéndose a los testigos testamentarios dispone que *“No podrán ser testigos en los testamentos: ... 3º los ciegos y los totalmente sordos o mudos...”*.

— Al regular las formalidades del testamento abierto el art. 698 establece que *“Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe”*.

— Al ocuparse del testamento cerrado, el art. 708 señala que “No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”.

— En el art. 1.246 (perteneciente a la sección 5 “De la prueba de testigos” del capítulo V —“De la prueba de las obligaciones del Libro Cuarto” de las obligaciones y contratos) señala la inhabilidad de dichos sujetos para ser testigos por incapacidad natural al disponer que “Son inhábiles por incapacidad natural: 2º los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído...”.

Acudiendo a la jurisprudencia en torno a esta cuestión, resulta fundamental la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973 en la que se afirma que “... para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el art. 695 del Código civil en el otorgamiento del testamento abierto por un ciego, no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad y frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que el testador, en aquel acto, sufría una ceguera total o que, en todo caso, le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que a su vez firmó también por éste y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento”.

En el campo doctrinal SANTAMARÍA (t. I, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid 1958) comentando el artículo 698, afirma que “se entiende que el testador es ciego cuando, aunque no se halle totalmente privado de la vista, no se encuentre en condiciones de ver que el testamento que se lee es el mismo que se firma. Téngase en cuenta —añade— que el presente artículo se refiere al testamento abierto, que para el cerrado la ceguera es causa de imposibilidad, según el artículo 708”.

ALBADALEJO, comentando el mismo artículo (Tomo IX, Vol. 1º-B en EDESA, 1987) opina que “no es necesario que la ceguera sea total o

absoluta. Se trata de situaciones en que una persona, por la causa que sea, no puede leer lo que allí se ha escrito y leído y para eso basta con sufrir cualquier lesión o defecto visual que, sin ser ciega la persona, le impida leer. Pero no sólo leer el testamento, lectura a la que habitualmente se renuncia (art. 25, 3º de la Ley Notarial y art. 193 de su Reglamento), sino además, de apenas poder leer, el no poder distinguir con perfecta claridad lo que ocurre en el despacho del Notario o lugar en el que se está celebrando el acto solemne de otorgar testamento. Lo importante es que el testador presencie y vea y entienda lo que allí se está realizando. Cualquier defecto que lo impida es suficiente para permitir esta forma excepcional de testamento abierto y proceder a la doble lectura que el artículo 698 exige”.

Ante la falta de claridad del concepto de ciego en el ordenamiento jurídico civil recurriremos al campo del ordenamiento jurídico laboral y administrativo.

Presupuesto básico para su estudio es el conocimiento de la clasificación que la Ley General de la Seguridad Social hace de la Invalidez permanente, que viene a dividir en cinco grupos:

- 1) Incapacidad permanente parcial.
- 2) Incapacidad permanente total.
- 3) Incapacidad permanente total cualificada.
- 4) Incapacidad permanente absoluta.
- 5) Gran invalidez.

Con relación al grupo 5º debe señalarse que “La Ley 13/82 de 7 de abril de integración Social de los Minusválidos (LISMI), ha dado nueva redacción al art. 135.6, excluyendo para el otorgamiento de prestación de gran invalidez la necesidad de existencia previa de incapacidad absoluta, para lo cual preceptúa que: se modifica el art. 135 de LGSS, texto refundido, por el que se exige para la declaración de Gran Invalidez estar afecto de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo. La Gran Invalidez no implica necesariamente la Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo (Disposición final 5ª); ver STS 22-7-1987 (Ar. 5.712) en la que el precepto constituye fundamento de Derecho para el fallo y la STS (social) de 19-7-1989 donde en asunto de Gran Invalidez, la Sala determina que viene asimilando a la ceguera la pérdida de visión que, sin alcanzar la ceguera absoluta, requiera la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida”.

Trasladando dicha gradación a las personas que padecen deficiencias visuales es preciso tener en cuenta, como señala Fernando San Miguel Cánovas, en su trabajo *“Pérdida de visión y grado de invalidez”*, publicado en *Cuadernos de Información Jurídica*, número 45, correspondiente al mes de marzo de 1990:

1º.— Que las Comisiones de Evaluación de Incapacidad ponderan el déficit fisiológico resultante una vez efectuada corrección óptica mediante lentes y gafas, según viene admitiendo la doctrina jurisprudencial a partir de STS de 24-10-1984 (Ar. 5.325). No obstante, en los supuestos de oficios en que el uso de prótesis pueda ser peligroso o se halle expuesta a roturas o deterioros frecuentes la incapacidad ha de calificarse con independencia de la aptitud para el trabajo que puede resultar de la corrección óptica mediante cristales, o bien que los elementos correctores sean funcionalmente rechazados por la naturaleza del enfermo.

2º.— Que para la calificación del grado de invalidez se siguen aplicando definiciones de incapacidad específicas contenidas en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, a tenor de la doctrina jurisprudencial que mantiene que aunque sus preceptos no continúan vigentes como norma imperativa, siguen conservando valor indicativo (por todas STCT de 11-4-1985 (Ar. 3.887) y STCT de 30-7-1987 (Ar. 17.235) en relación con el art. 135 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (R. 1.482) y en el art. 12 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 (R. 869 y 1.548).

Habida cuenta de lo que venimos exponiendo, los preceptos del Reglamento de Accidentes de Trabajo que siguen teniendo valor indicativo como antecedente legislativo histórico y que la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta a tenor del artículo 3º-1 del C.c. son los siguientes:

“Art. 37. Se considerará incapacidad permanente parcial para el trabajo toda lesión que al ser dado de alta el trabajador deje a éste con una inutilidad que disminuya la capacidad para la profesión habitual.

En la calificación se tendrá en cuenta, además de la lesión, el oficio o profesión del accidentado, considerando si se trata de trabajadores no calificados o de profesionales u oficios que precisen principalmente los miembros superiores, o de profesiones que utilicen de modo primordial los miembros inferiores o de oficios y profesiones de arte y similares que requieran una buena visión y una gran precisión de manos, o de otro oficio o profesión especializado.

En todo caso tendrán tal consideración las siguientes:

(...)

b) *La pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro.*

(...)

Art. 38. Se considerará como incapacidad permanente y total para la profesión habitual todas las lesiones que, después de curadas, dejen una inutilidad absoluta para todos los trabajos de la misma profesión, arte u oficio del accidentado, aunque pueda dedicarse a otra profesión u oficio.

En todo caso se considerarán como incapacidad permanente y total para la profesión habitual las siguientes:

(...)

e) *La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos de un cincuenta por ciento.*

(...)

Art. 41. Se considerará incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo aquella que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

En todo caso, tendrán tal consideración las siguientes:

(...)

c) *La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual.*

d) *La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el cincuenta por ciento o más la fuerza visual del otro”.*

En cuanto a la Gran Invalidez el Decreto 1.328/1963, de 5 de junio, que vino a modificar el art. 42 del Reglamento de Accidentes de 1956 y que sigue vigente al no derogarlo la LSS, calificó como tal “*la lesión descrita en el apartado c) del art. 41, sin perjuicio de la revisión cuando procediere*”, es decir, la pérdida de visión en ambos ojos. En su preámbulo se razona su reconocimiento a los invidentes “*habida cuenta de que aun atendidos los notables progresos realizados para su recuperación y rehabilitación cuando menos durante los períodos que siguen a la calificación de la incapacidad, el invidente efectivamente necesita la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida, aconsejando por otro lado la severidad extremada de la lesión un trato*

a favor que es el que el aumento de la renta viene a conseguir. Todo ello (sigue diciendo el Preámbulo) sin perjuicio de que en los casos en que se consiga la readaptación y autosuficiencia del invidente sea revisable la calificación de “Gran Invalidez” otorgada en principio”.

Sin embargo no se considera Gran Invalidez cuando se conserva en cada ojo 1/10 de visión (STS social de 19-1-1989) o cuando a 1/10 se perciben bultos y colores (STS social de 12-7-1989).

Ya en el campo del Derecho administrativo, más en concreto el artículo 8º-1, de los ESTATUTOS DE LA ONCE, señala que 1/10 es a su vez el grado máximo de visión que se exige para poder afiliarse a la ONCE. Al disponer que *“podrán afiliarse a la ONCE todos los ciudadanos españoles que así lo soliciten, siempre que, en cuanto al grado de visión, cumplan el requisito de que puestos los cristales que pudieran corresponderle y con buena iluminación, disponga de una visión no superior a 1/10 de la escala de Wecker y ser la ceguera permanente e incurable”*. Asimismo debe ser mencionada la Circular 11/88 de 12 de febrero del Servicio para Afiliados, Sección de Acción Social, dictada por la ONCE en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 6.3.d) del Real Decreto 1.041/81 de 22 de mayo, por la que se publica el texto Refundido de la Normativa de Afiliación a la ONCE.

La indicada Circular agrupa un conjunto de normas en seis títulos (I. Requisitos para obtener la condición de afiliado; II. Tramitación de la Afiliación; III. Trámite de Revisión; IV. Traslados de Expedientes de Afiliación; V. Pérdida de la condición de Afiliado; VI. Variaciones), una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria, 12 Disposiciones Adicionales y una Disposición Final. De ese conjunto de normas interesa destacar los siguientes aspectos:

—“Serán afiliados a la ONCE todas aquellas personas que, tras haber efectuado libre y voluntariamente su petición para conseguir esa condición, cumplan los dos requisitos que se citan a continuación:

1.— Nacionalidad.

Para ser afiliado a la ONCE se requerirá ostentar la nacionalidad española.

2.— Definición de ceguera.

Será considerado ciego, a efectos de su afiliación a la ONCE, quien, puestos los cristales que pudieran corresponderle y con buena iluminación, disponga de una visión igual o inferior a 1/10 de la escala de WECKER y su ceguera

sea permanente e incurable, o bien, tenga el campo visual reducido a 10 grados o menos.

A aquellos solicitantes cuya visión residual esté dentro de estos límites, pero tuvieran posibilidad de mejoría mediante intervención quirúrgica o tratamiento adecuado, se les concederá la afiliación transitoria, con acceso a los mismos derechos y obligaciones que los afiliados permanentes, si bien estarán sujetos a revisiones oftálmicas cada cinco años”.

— Calificación de Minusvalía.

Aquellos afiliados que desearan solicitar la calificación de minusvalía ante el INSERSO o el Organismo Autonómico que tuviera transferida esta competencia, podrán hacerlo utilizando fotocopia del certificado oftálmico que sirvió de base para su afiliación, siéndoles éste facilitado por las Delegaciones Territoriales y/o Direcciones Administrativas a la vez que, en caso necesario, proporcionarían el informe social que pudieran requerir los Organismos citados.

II. Capacidad legal de los ciegos. El punto de partida para el estudio de la capacidad jurídica y de obrar de los ciegos en nuestro Ordenamiento Jurídico Civil, lo encontramos en el art. 29 del C.c. cuando declara que *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*; y es que el art. 30 señala que *“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”*. Por tanto los ciegos y deficientes visuales poseen la personalidad o capacidad jurídica a que se alude en tales preceptos, la cual a tenor de lo que dispone el art. 32 *“... Se extingue por la muerte de las personas”* (Subrayemos desde ahora el término “condiciones” exigido por el art. 29 mediante la remisión al art. 30).

Respecto a la capacidad de obrar cabe señalar el art. 315 el cual dispone que *“la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”*.

“Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”. También el art. 322 cuando declara que *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*.

Conviene señalar ahora la disposición que se contiene en el art. 199 a cuyo tenor *“Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”*. Y es que el art. 200 establece que

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impiden a la persona gobernarse por sí misma; correspondiendo promover la declaración de incapacitación al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz, como así lo preceptúa el art. 202; o por el Ministerio Fiscal cuando no existan las personas anteriormente señaladas o no lo hubieran solicitado (art. 203); estando facultada cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación (art. 204)”.

El art. 210 indica que *“La sentencia que declare incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”*; para lo cual el Juez oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oír el dictamen de un facultativo y sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes (art. 208). Asimismo ha de tenerse en cuenta que el art. 212 dispone que *“La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, puede instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”*. Además el art. 214 establece que *“las resoluciones judiciales sobre incapacitación se anotarán o inscribirán en el Registro Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil”*.

Además, los ciegos no están sometidos a tutela o curatela por no hallarse incluidos entre los supuestos que son establecidos en los artículos 222 y 286 del C.c. Sin embargo, aun siendo mayores de edad, los ciegos constituyen un supuesto de *“caso especial”* de los que alude el art. 322, pues no son capaces para realizar todos los actos de la vida civil; encontrándonos en el vigente Ordenamiento Jurídico Civil con las siguientes limitaciones:

A.— En el campo de las disposiciones civiles contenidas en el Libro IV relativo a las Obligaciones y Contratos debemos citar que el art. 1.258 declara que *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligar, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”*; y al regular los requisitos para la validez de los contratos el art. 1.263 dispone que *“No pueden prestar consentimiento: 1º. Los menores no emancipados, y 2º. Los locos o dementes y los sordomudos*

que no sepan escribir”. Por tanto los ciegos tienen reconocida plena capacidad de obrar para celebrar los contratos y asumir las obligaciones reguladas por el citado Libro IV del Código.

Sin embargo, cuando en el citado Libro es regulada la prueba de las obligaciones el art. 1.245 declara que *“Podrán ser testigos todas las personas de uno y otro sexo que no fueran inhábiles por incapacidad natural o disposición de la Ley”*; disponiendo el art. 1.246 que *“son inhábiles por incapacidad natural: 1º. Los locos o dementes, 2º. Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído, y 3º. Los menores de catorce años”*. De ahí, por tanto, que los ciegos tengan un límite a su plena capacidad de obrar.

B.— Dentro del Libro III (De los diferentes modos de adquirir la propiedad) en su título III De las Sucesiones, el art. 662 dispone que *“Pueden testar todos aquéllos a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente”*; estableciendo el art. 663 que *“Están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo, y 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”*. Por tanto, a tenor de las citadas disposiciones generales, aunque los ciegos no sean incapaces para testar, lo cierto es que en materia de capacidad testamentaria se encuentran sometidos al siguiente régimen de limitaciones:

— Por un lado, cuando se regula la forma de los testamentos, el art. 681 dispone que *“No podrán ser testigos en los testamentos: ... 3º los ciegos y los totalmente sordos o mudos”*.

— En cuanto al testamento abierto el art. 698 declara que *“Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe”*.

— Respecto al testamento cerrado el art. 708 señala que *“No pueden hacer testamento cerrado los ciegos...”*.

En materia testamentaria, pues, los ciegos tienen limitada su capacidad de obrar en orden a las modalidades testamentarias de abierto y cerrado, no siéndoles posible intervenir como testigos en cualquier clase de testamentos.

La importancia que presentan las cuestiones relativas a la capacidad de obrar en materia testamentaria ha sido puesta de manifiesto por la propia Ley a través de los siguientes preceptos:

— En el art. 685 cuando con carácter general además de imponer el deber de conocer e identificar al testador se declara que el Notario y dos de los testigos que autoricen el acto “... *procurarán asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar...*”.

— En el art. 687 al establecer que “*Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*”.

— Refiriéndose al testamento abierto el art. 699 dispone que el Notario dará fe al final del testamento de haberse cumplido todas las formalidades exigidas en la sección que regula dicha modalidad testamentaria y de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso. Añadiendo en el art. 705 que cuando un testamento sea declarado nulo por la inobservancia de las formalidades exigidas por la Ley, el Notario autorizante será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.

— En el art. 715 se hace mención a la nulidad de los testamentos cerrados por inobservancia de sus formalidades, señalando también la responsabilidad en que incurre el Notario que lo autorizó.

Finalmente indicar que el art. 743 alude a los casos en que caduca declarado ineficaz algún testamento.

A la vista de toda la Normativa que se ha venido exponiendo podemos concluir que:

1º.— En el Ordenamiento Jurídico Español vigente, se reconoce a los ciegos personalidad o capacidad jurídica.

2º.— Que los ciegos mayores de edad no incapacitados por resolución judicial tienen reconocida capacidad de obrar en todos los actos de la vida civil excepto en los siguientes supuestos:

- a) Los ciegos son inhábiles para ser testigos respecto a la prueba de las obligaciones y se les prohíbe intervenir como tales en los testamentos; por así establecerlo de manera expresa los artículos 1.246 y 681 respectivamente del C.c.
- b) A los ciegos les está prohibido hacer testamento cerrado por así disponerlo expresamente el art. 708.

3º.— Comentando la disposición contenida en el art. 708 también se ha de concluir que: dicho precepto establece una prohibición para los ciegos declarando la imposibilidad legal de éstos para hacer testamento cerrado. Contiene pues, una verdadera prohibición y no una regla de incapacitación; ya que la persona ciega mayor de edad, pese a la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico que padezca, no sólo está impedida para gobernarse por sí misma, máxime cuando no exista resolución judicial que así lo declare como expresamente exige el art. 199. El repetido precepto contiene una disposición que se configura como uno de los “*casos especiales*” que el Código establece de manera excepcional para impedir que determinados sujetos (los ciegos) puedan realizar ciertos actos de la vida civil (testamento cerrado); se trata en definitiva de una prohibición de carácter excepcional que la propia Ley establece frente a la regla general que declara el art. 322, según la cual el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil...

4º.— Finalmente, respecto al art. 698 se ha de indicar que tal precepto no establece limitación a la capacidad de obrar de los ciegos; simplemente con esa norma el legislador añade una formalidad más a las previstas para el testamento abierto común en atención a la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico padecida por el testador. A los ciegos no se les impide otorgar testamento abierto, la Ley se limita a señalar como solemnidad inexcusable la doble lectura del testamento: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el art. 695, otra, en igual forma, por uno de los testigos y otra persona que el testador designe.

III. **Significado actual del art. 708.** Interesa recordar que el fallido proyecto de ley del 26 de abril de 1982 (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, pág. 1.999), proponía la modificación de determinados artículos del Código Civil en materia de testamentos; ofreciendo una nueva redacción para los artículos 681, 685, 694, 695, 699, 706, 707, 710, 711, 734 y 754 del C.c. Y se ha aludido al mismo, como indicio de la escasa sensibilidad o despreocupación con que en 1982 sus autores mostraron su planteamiento de la norma contenida en el art. 708 en cuanto a los ciegos; pues pese a que en su propia Exposición de Motivos se razonaba la reforma en la necesidad de adaptar el texto en vigor a la nueva normativa constitucional y en la conveniencia de introducir ciertas mejoras que al mismo tiempo se suponían simplificación de formalidades.

Recientemente, en el Boletín Oficial del Estado de 23 de diciembre de 1991, fue publicada la Ley 30/91 de 20 de diciembre de modificación del Cód-

go civil en materia de testamento. Con la nueva ley han sido modificados los artículos 665, 681, 684, 685, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 706, 707, 709, 710 y 734.

Por tanto, el art. 708 continúa sin modificación en su redacción conforme a la actualmente en vigor, que data de 1851 (entonces art. 662) y se repitió en el Código de 1862 (entonces art. 706). La reforma conserva las características definitorias del testamento notarial, ocupándose entre otros del supuesto tradicionalmente denominado el testamento en intervalo lúcido para ajustarlo al vigente tratamiento legal de la incapacitación; se prevé la identificación mediante el uso de documentos oficiales al efecto, inexistentes en 1989 con las características de los que existen en la actualidad, y se regula el empleo de medios mecánicos para la confección del testamento cerrado.

Podría entenderse que con la Ley 30/91 nuestros actuales representantes en el poder legislativo aún no se han desprendido de “la boina”, manteniendo aquello de “¿para qué quiere el ciego la casa enjalbegada si no ve nada?”; ya que con la no modificación del art. 708 no se ha ofrecido plenamente una revisión modernizadora del Código Civil respecto a los ciudadanos ciegos, en tanto que los mismos continúan sometidos a la prohibición de otorgar testamento cerrado.

Por otra parte, debemos señalar la inexistencia de precedentes jurisprudenciales que se refieran de manera expresa y concreta al artículo 708; sin que se pueda compartir el planteamiento que en nuestra Doctrina mantienen ciertos autores que se han ocupado de comentar el precepto por considerar caducas las argumentaciones o consideraciones que sobre los ciegos se ofrece.

Dado el sentido imperativo con que el legislador emplea la expresión “*No pueden...*” resulta inequívoco que en 1992, los ciegos se encuentran ante la imposibilidad legal de otorgar testamento cerrado. Es rechazada pues, la posición de cierto sector de la Doctrina que califica la incapacidad relativa al supuesto recogido en el art. 708, tratándose de una evidente prohibición a la que se encuentran sometidos los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; pues la tercera persona del plural del presente de indicativo del verbo poder con que de manera negativa se expresa la Ley, señala la imposibilidad de que tales sujetos no tienen o carecen de la posibilidad de ejercitar la facultad que por contra sí les es reconocida a todos los demás ciudadanos que no sean ciegos ni analfabetos.

Entiendo que la vigencia del precepto con relación al supuesto de los ciegos, roza la anticonstitucionalidad por constituir una clara vulneración del principio de igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, el cual preceptúa que *“los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Tras la lectura de este precepto constitucional cabe preguntarse: la ceguera, o más bien ser ciego ¿es una condición o una circunstancia? Tropezamos aquí con la dificultad terminológica de conocer el significado y alcance de las expresiones condición y circunstancia, dada la inexistencia de precedentes jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional interpretativos de tales expresiones. Por ello será conveniente que nos detengamos en analizar desde el punto de vista gramatical y jurídico los propios términos que se contienen en el artículo 708 para conectarlos con el invocado principio de igualdad.

IV. *“... los que no saben o no pueden leer”*. Con este sintagma nominal, la Ley se refiere al segundo de los supuestos de imposibilidad para otorgar la modalidad testamentaria a que se refiere el precepto; formando parte de una oración compuesta, coordinada y sustantiva. De su análisis sintáctico se deduce que constituye uno de los sujetos de la oración principal (no pueden hacer testamento cerrado...) junto a los ciegos: además tal expresión aparece como una oración disyuntiva puesto que se construye con la partícula “o” para distinguir los verbos saber y poder que son empleados en forma negativa mediante la 3ª persona del plural del presente de subjuntivo; actuando “el que” como núcleo del sujeto de la oración, constituyendo “leer” el objeto directo de la misma.

Dado el carácter disyuntivo que se ha apuntado convendría analizar separadamente los términos “sepan”, “puedan”, y “leer” que se incluyen en esa construcción gramatical.

Entre las acepciones de saber nos encontramos:

— Conocer una cosa o tener noticias de ella. Necesariamente tal acepción deberá ser aplicada al infinitivo leer que es su objeto directo y, por tanto, se precisa que el testador sepa en el sentido de tener conocimiento de la lectura.

— Tener habilidad para una cosa, o estar instruido y diestro en un arte o facultad. En esa versión se precisa que el testador posea la instrucción y destreza necesarias para disponer a su vez de la habilidad para leer.

Podemos decir, pues, que el saber exigido en el precepto hace mención a las cualidades de conocimientos y habilidad precisas para que el testador disponga de una suficiente aptitud para leer, la cual se adquiere mediante la pertinente instrucción y destreza para dicho arte o facultad. En definitiva se exige que el testador no sea analfabeto.

El verbo poder que se empieza por el precepto, admite las siguientes acepciones:

— Facultad o potencia de hacer una cosa. En este sentido la exigencia del precepto apunta a que el testador disponga de la facultad o potencia de la lectura.

— Tener la facilidad, tiempo o lugar de hacer una cosa. Con esta versión de poder, el testador precisaría contar con unas circunstancias y medios necesarios que le permitan ejecutar satisfactoriamente el arte o facultad de la lectura.

Por tanto el término puedan leer es indicativo de la posibilidad o aptitud precisa para ejecutar el arte u oficio de la lectura.

En cuanto al término “leer” tradicionalmente ha sido empleado en el sentido de pasar la vista por lo escrito o impreso, haciéndose cargo del valor y significación de los caracteres empleados pronúnciense o no las palabras representadas por estos caracteres. Pero también admite las siguientes acepciones:

— Entender o interpretar un texto de éste o del otro modo.

— Penetrar en el interior de uno por lo que exteriormente aparece, o venir en conocimiento de una cosa oculta que le haya sucedido.

En este punto me parece digno de ser comentado como anécdota, el título de un programa de radio emitido por Radio Nacional de España: “Escrito en el aire” mediante el cual a través de las ondas sonoras los radio-escuchas pueden “leer” su contenido, transcribirlo merced a la oportuna grabación del mismo, e imprimirlo ya de manera manuscrita o impresa por utensilios o instrumentos de diversa índole. Y valga esa anécdota con respecto a la evidente necesidad de revisar en la actualidad el término leer, como consecuencia de los avances de la revolución tecnológica y científica en que está inmersa la humanidad.

Retomando el comentario a esta parte del precepto se ha de señalar:

1°. — La Ley exige que el testador no sea analfabeto; es decir, se requiere que éste sepa leer.

2°. — Se exige además que el testador tenga la aptitud o posibilidad de leer; es decir que pueda leer. Es ésta la parte más oscura y de difícil interpretación, en el precepto; pues si se tiene en cuenta que el mismo comienza su redacción “*No pueden hacer testamento cerrado...*” la conclusión sería la de encontrarnos con una verdadera tautología; o sea, no pueden los que no puedan; la cual podría ser resuelta merced a la exigencia de lectura que le complementa. Pero queda sin resolver, no obstante, el interrogante de quiénes son aquellos sujetos que sin ser analfabetos (o sea que saben leer) están imposibilitados de hacerlo. Lo que sí es cierto, como a continuación se expondrá es que los ciegos y demás deficientes visuales no se encuentran en dicha situación, pues los mismos tienen la aptitud y medios precisos para saber y poder leer.

V. “**Los ciegos no son analfabetos**”. Usualmente se dice que analfabeto es el calificativo que se asigna a las personas que no saben leer. El analfabetismo se define como la situación de la persona que no sabe leer ni escribir la lengua que habla. Acudiendo a la acepción que de dicho término ha elaborado la UNESCO se nos indica que analfabeto es aquel que no es capaz de comprender lo que lee, ni de poner por escrito lo que se desea expresar, aunque conozca los signos.

Y es que los ciegos no son analfabetos; es decir, los ciegos no son ineptos ante la lectura y escritura, puesto que tales sujetos tienen la posibilidad de gozar de la aptitud, habilidad y destreza necesarias para poder conocer, comprobar, entender y cerciorarse acerca de lo que escriban o lean. En definitiva, los ciegos saben y pueden escribir y leer.

No nos referimos a la capacidad que los ciegos deban poseer para comprender o expresarse mediante los signos y técnicas inventados por LUIS BRAILLE, para la lectura y escritura del lenguaje de los sujetos privados o con dificultades de visión. Defendemos aquí la plena capacidad en cuanto aptitud, habilidad y destreza que dichos ciudadanos tienen para saber y poder leer y escribir el lenguaje ordinario expresado mediante caracteres manuscritos o impresos. Y es que los ciegos son capaces de comprender lo que leen y poner por escrito lo que desean expresar, mediante los signos del lenguaje ordinario; posibilidad que se les brinda en la actualidad merced a la correspondiente instrucción y destreza que tales sujetos adquieran con el empleo de los descubrimientos e invenciones de la ciencia informática para tal fin. Por ello

convendrá que nos detengamos en exponer y describir las nuevas tecnologías que constituyen instrumentos electrónicos de lectura y acceso a la información.

BRAILLE HABLADO

Sistema de almacenamiento y tratamiento de datos con una memoria total de 200.000 caracteres aproximadamente. Esta memoria está estructurada en unas 180 páginas braille. Está dotado de un teclado braille tipo Perkins para introducir los datos y realizar con ellos las operaciones que se desee. Se puede “escribir” en braille literario (grado 1) y en braille computerizado (grado 0). Tiene en el lateral izquierdo una puerta de comunicaciones serie para conectarlo a un ordenador, impresora, etc., para que le permita recibir y enviar información. El acceso a los datos previamente grabados es rápido y la modalidad hablada, pudiendo regularse el tono, la velocidad y el volumen.

Posee además las siguientes funciones: reloj, calculadora, calendario, cronómetro y archivos. Funciona con batería recargable de níquel cadmio con una autonomía aproximada de ocho horas.

La adaptación, traducción al español e introducción de mejoras ha sido realizada por la Unidad Tiflotécnica de la ONCE.

UNIDAD DE DISCO PARA BRAILLE HABLADO

Unidad de disco externa de formato 3.5 pulgadas para unir al Braille Hablado. Permite grabar y leer información sobre diskettes de capacidades 1.44 M. ó 720 K. con formato MS-DOS. La conexión con el Braille Hablado requiere usar un cable especial. Incluye batería interna.

Elementos de que consta:

- Unidad de disco externa.
- Alimentador.
- Cable de conexión con el Braille Hablado.
- Diskette.

OPTACÓN

Sistema de lectura que permite el acceso directo a los ciegos y sordociegos al mundo de la letra impresa sin necesidad de lectores intermediarios. Básicamente consiste en la transformación de las diferencias de luminosidad de

un texto impreso, en vibraciones perceptibles al tacto. A través de la yema del dedo se percibe el contorno de los signos captados por la cámara, su forma y dibujo original. Compacto portátil.

Elementos de que consta:

— Cámara lectora: Percibe la información impresa deslizándose sobre las líneas escritas.

— Sección electrónica: Compuesta por una serie de elementos que transforman las imágenes percibidas por la cámara lectora en impulsos eléctricos. Posee dos baterías (una de trabajo y otra de reserva que debe recargarse mientras actúa la primera) con una autonomía de funcionamiento de una 4 horas aproximadamente. En su parte posterior posee un conector tipo serie RS-232 que permite su conexión al puerto serie del ordenador y de esta forma extraer, carácter a carácter, la información que proporciona la pantalla.

— Placa táctil: Constituye el elemento terminal del proceso. Está formada por 100 vástagos vibrantes dispuestos en 5 columnas y 20 filas, definiendo táctilmente las formas captadas por la cámara lectora.

Aplicaciones:

Todas aquellas que tengan que ver con el acceso a la información de textos “en negro”; entre ellos cabe destacar:

— Control a través de una cámara adicional de lo que se va escribiendo con máquina de escribir normal.

— Utilización de calculadoras.

— Acceso a la información suministrada en pantalla por cerebros electrónicos y máquinas computadoras.

PROGRAMA DE COMUNICACIONES OPTACÓN/PC

Sistema para lectura de la pantalla de un ordenador sobre el array táctil del optacón. Tiene posibilidad de ajustar la velocidad de lectura automática.

Elementos de que consta:

— Ratón para unir al puerto serie del ordenador. Software.

— Plancha de goma para deslizamiento del ratón.

Requerimientos del sistema:

- Ordenador IBM PC, XT, AT, IBM PS/2, o compatible.
- Memoria Ram mínima: 256 K.
- MS-DOS 2.0 o versiones posteriores.
- Dos puertos serie.
- Optacón II.
- Cable para conectar el Optacón al puerto serie del ordenador (Este cable se suministra como accesorio del Optacón).

LÍNEA DE LECTURA BRAILLE PAPENMEIER

Consta de una tarjeta de control y una línea de lectura braille de 80 celdas y 4 más de estado. La tarjeta se inserta en un ordenador IBM/PC o compatible. Entre otras funciones, permite la división en dos líneas de 40 celdas, representación de atributos, enlace con el cursor, distintas modalidades de desplazamiento, activación de braille de 6 y 8 puntos, etc.

TARJETA MACROTIPO VISTA VGA Mod. SF3C

Sistema ampliador de caracteres para ordenadores IBM compatibles VGA e IBM PS/2 modelo 30. Este equipo incluye en su estructura las tarjetas de video EGA y VGA eliminando así el uso de dichas tarjetas. Presenta cuatro formas nuevas de mostrar la información sobre la pantalla del ordenador. El resto de las funciones y características son semejantes a las incluidas en las Vistas convencionales.

Elementos de que consta:

- Tarjeta electrónica para instalar en un slot del PC.
- Software.
- Ratón.
- Plantilla de goma para desplazamientos del ratón.

TARJETA MACROTIPO VISTA VGA Mod. SF3B

Este equipo incluye las mismas funciones y elementos que el Vista VGA modelo SF2C. La única diferencia reside en que para trabajar con este modelo se requiere la existencia adicional de una tarjeta de vídeo VGA o EGA (con compatibilidad VGA).

SINTETIZADOR DE VOZ VERTPLUS

Sistema de síntesis de voz que permite el acceso a la información suministrada por la pantalla de un ordenador. Consta básicamente de una tarjeta para PC, un altavoz, auriculares y programa.

Mediante distintos menús se permite, a través del teclado, modificar el tono, la velocidad de lectura, etc., así como distintas funciones de modalidades verbales.

SINTETIZADOR DE VOZ CIBERVOZ

Sistema de síntesis de voz que puede trabajar con ordenadores compatibles PC/XT/AT bajo sistema operativo DOS. Incluye distintas funciones y modalidades verbales para el acceso, directo o en modo revisión, a la información de la pantalla del ordenador.

Elementos de que consta:

- Placa cibervoz.
- Diskette de programas.
- Auriculares.

PROGRAMA DE AMPLIACIÓN DE CARACTERES ZOOMTEXT

Programa ampliador de caracteres para ordenadores IBM PC, XT, AT, PS/2 o compatibles. Requiere utilizar tarjetas de video EGA o VGA. En conjunto es un programa de fácil manejo, que queda residente en memoria y ocupa aproximadamente 75 K. No es posible ampliar gráficos.

SISTEMA BIT II PLUS (INTERFACE ORDENADOR - VERSABRAILLE II PLUS)

Interface entre un ordenador personal IBM o compatible y Versabraille II. Con este sistema, los usuarios de Versabraille tienen acceso rápido e interactivo con la pantalla del PC. El Versabraille II debe ser modelo LID para incluir la salida multiport a través de la cual se conectará al ordenador.

Elementos de que consta:

- Joystick.
- Cable de conexión.
- Tarjeta interface para PC.
- Software.

MÁQUINA PARA ESTENOTIPIA INFORMATIZADA STENOKEY

Sistema rápido para generación de secuencias de caracteres. Esta función se realiza mediante una teclado especial dividido en tres cuerpos fundamentales. Con cada pulsación de una tecla se hace una "llamada" a un registro, grabado en memoria, que contiene una combinación específica de sílabas. En su parte posterior lleva dos puertas de comunicación (serie y paralelo) y una tercera para conectar este sistema con un cassette convencional.

NAVIGATOR

Sistema de acceso Braille para ordenadores compatibles IBM PC o compatibles. Navigator admite dos modos de trabajo: Versabaille PC y Gateway. La primera modalidad permite simular la forma de trabajo del Versabaille II; en modo Gateway existe un acceso interactivo a nivel MS-DOS. La información se presenta sobre un display braille de 40 celdas de 8 puntos. Fundamentalmente está diseñado para trabajar con ordenadores portátiles.

Elementos de que consta:

- Unidad de display braille.
- Cable de conexión con el puerto serie del ordenador.
- Batería recargable y alimentador.
- Software.

SOPORTE NAVIGATOR

Permite adosar el Navigator a un ordenador portátil. El formato de soporte disponible es el del Toshiba T 1200.

EUREKA A4

Sistema de almacenamiento y tratamiento de la información. Básicamente es un ordenador portátil en el cual la entrada y salida de datos se realiza por teclado Braille y sintetizador de voz. Incluye unidad de disco interna de formato 3.5 pulgadas, puerto serie, modem, interface para teclado QWERTY compatible IBM PC, salida para auriculares y controles externos de volumen y tono de la voz. Funciona con batería recargable. Dispone de 256 K de memoria (192 K del sistema y 64 K para usuario).

Funciones principales:

- Apuntes y procesador de textos.
- Calculadora científica.
- Reloj y calendario.
- Comunicaciones.
- Directorio telefónico.
- Compositor musical.
- Termómetro.
- Base de datos.
- Intérprete de Basic.
- Agenda.
- Voltímetro.

Elementos de que consta:

- Funda de transporte.
- Ordenador Eureka.
- Alimentador.
- Software.

SISTEMA PARA AMPLIACIÓN DE CARACTERES DP 11

Sistema de ampliación de imagen de la información aparecida en pantalla de un ordenador. Este sistema consta de un panel de control para el usuario, una tarjeta para instalar en un ordenador compatible IBM/PC, y un dispositivo externo para procesar la imagen que puede situarse sobre la CPU del ordenador bajo el monitor.

LUPA TV COLOR ALPHAVISION

Sistema de ampliación de imagen con monitor de 14 pulgadas. Incluye tablero de lectura móvil y cámara CCD ajustable en altura. Posee los controles habituales de una lupa TV color: enfoque, zoom, inversión de video, brillo, contraste, apertura de diafragma, etc.

LUPA TV COLOR VIDEOMATIC C

Aparato de lectura con circuito cerrado de TV. El rango de ampliación es entre 5,5 y 20,5 aumentos. Posee interruptores en su parte frontal para encendido, apagado, control de color, contraste, color o blanco y negro, vídeo

inverso, y selector de croma (verde, amarillo). La alimentación es a 220v/50Hz, con un consumo de 220w.

LUPA TV MAGNILINK SISTEMA 101

Módulo de mando para ampliación de imagen que puede ser conectado a cualquier pantalla de TV, haciendo así la función de lupa TV. Esta unidad de mandos va contenida en un maletín portador.

Elementos de que consta:

- Unidad de base para la cámara.
- Brazo de sujeción para la cámara.
- Extra iluminador de cámara.
- Unidad de cámara.
- Óptica de mando.
- Maletín de transporte.

Existen dos modelos de este sistema:

- Vidicon: incorpora un tubo de cámara Vidicon con una resolución de imagen normal.
- Newicon: incorpora un tubo de cámara Newicon con una resolución de imagen superior al Vidicon.

LUPA TV MAGNILINK SISTEMA 209

Sistema de ampliación de imagen provisto de un monitor de 12 pulgadas, con base óptica y mesa de lectura que actúa como soporte del monitor.

Elementos de que consta:

- Unidad de monitor y cámara.
- Mesa de lectura X-Y.
- Base óptica y de monitor.

Este sistema tiene también los modelos Vidicon y Newicon.

LUPA TV MAGNILINK SISTEMA 402

Sistema de ampliación de imagen con monitor de 17 pulgadas con table-ro de lectura móvil y cámara situada a una altura fija.

Elementos de que consta:

- Monitor de 17 pulgadas.
- Óptica estática.
- Mesa de lectura X-Y.
- Unidad de cámara.
- Soporte estático.

LUPA TV VOYAGER

Sistema de ampliación de imagen en blanco-negro o verde con monitor de 19 pulgadas y bases de cámara independiente.

Elementos de que consta:

- Monitor de 19 pulgadas con soporte.
- Mesa de lectura X-Y.
- Base de cámara con soporte.

LUPA TV VANTAGE

Sistema de ampliación de imagen que puede recibir también imágenes de cámaras exteriores, videos, etc. El monitor es de 14 pulgadas y puede ser desplazado con movimientos verticales respecto de la mesa de trabajo. La pantalla puede ser dividida en dos campos o ventanas, pudiendo así mostrar imágenes de dos fuentes distintas. La selección de altura del monitor permite situar en la mesa de trabajo una máquina de escribir. Posee los controles habituales de una lupa TV: enfoque, zoom, inversión en negativo, brillo, contraste, etc.

3ª PARTE: LOS CIEGOS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Nos preguntamos si la ceguera en su sentido más amplio de ausencia o deficiencia visual, debida a enfermedad o accidente, es razón que deba prevalecer como condición o circunstancia que permita (a través de una prohibición legal, cual es la establecida en el art. 708 del C.c.) distinguir desde el punto de vista legal entre ciudadanos ciegos y aquellos que no lo son; impidiendo a los primeros acceder al ejercicio de la facultad de otorgar testamento cerrado, con arreglo a las disposiciones previstas en la Sección Sexta del Capítulo

Primero de los Testamentos, presidida por el principio de la necesaria aptitud de escritura y lectura que, en cambio, sí les es reconocida a los otros. La respuesta por mi parte es clara y razonable: el vigente art. 708 contiene una disposición contraria al art. 14 de la C.E. de 1978, puesto que al prohibir a los ciegos el otorgamiento de esa modalidad testamentaria se les discrimina respecto de los demás ciudadanos de manera injustificada en la actualidad y se les niega los Derechos Constitucionales previstos en los artículos 33 y 27 de nuestra Carta Magna con evidente conculcación del principio de igualdad.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución Española de 1978 recoge el principio de igualdad en su art. 14 a cuyo tenor *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, precepto que ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que supuestos de hecho iguales han de recibir un trato igual (única vía de compatibilizar la igualdad jurídica del art. 14 con la igualdad efectiva y real a la que los arts. 1º y 9º.2 de la Constitución se refieren). Asimismo nuestro T.C. ha dicho que no toda desigualdad está proscrita por el art. 14, sino sólo la que está desprovista de una justificación objetiva y razonable.

Como principio obliga a todos los poderes públicos. La sujeción de la Administración Pública y el poder judicial al principio de legalidad atenúa la eficacia que respecto de ellos puede tener la igualdad; sin embargo, respecto al legislativo opera en plenitud: exigir una justificación a toda ley que establezca distinciones.

El problema de la elección de la norma a declarar inconstitucional es un problema que aparece en todas las cuestiones de inconstitucionalidad en que se alega la infracción del principio de igualdad. Ciertamente, hay ocasiones en que la solución es tan obvia que las sentencias no dedicarán a ella ni siquiera unas líneas; en otras, en cambio, será uno de los problemas más importantes a resolver.

Los juicios de inconstitucionalidad normalmente sólo exigen una comparación entre la Ley impugnada y el precepto constitucional supuestamente infringido. Esa comparación servirá para determinar si efectivamente ha habido infracción.

La sentencia de 10 de noviembre de 1981 declaró con toda rotundidad que el principio de igualdad jurídica consagrada en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley; pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferentes situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso que pueda incluso venir exigido en un Estado Social y Democrático de Derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores en el Ordenamiento como son la Justicia y la igualdad (art. 1) a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2). Lo que prohíbe el principio de igualdad es la discriminación como declara en forma expresa el art. 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.

¿Es la ceguera una condición o una circunstancia? Estimo que la ausencia o deficiencia de visión no es una condición sino una circunstancia personal que debida a accidente o enfermedad padecen determinados ciudadanos. Podrá hablarse de ciego como condición personal tan sólo cuando nos refiramos a aquel grupo de ciudadanos que hubieran adquirido tal condición por el hecho jurídico de estar, por ejemplo, afiliado a la O.N.C.E. al haber reunido los requisitos exigidos para ser miembros de la misma.

Para determinar si la igualdad se ha violado o no, es preciso un juicio comparativo, sea entre dos o más situaciones de hecho, sea entre dos o más normas. La presencia de un término de comparación es, pues, necesaria; siendo deber de los recurrentes traerlos al proceso ya que su inobservancia puede ser sancionada con la denegación de sus pretensiones. Nuestro T.C. ha reconocido que el principio de igualdad puede resultar violado tanto por el acto que se impugna como por el término de comparación aunque esto sea una norma.

II. EL ARTÍCULO 708 Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

¿Tiene justificación en 1992 prohibir a los españoles ciegos otorgar testamento cerrado? Para determinar si la desigualdad que establece el precepto tiene o no una justificación razonable y objetiva se acudirá a la metodología empleada por nuestro propio TC en los juicios de inconstitucionalidad, señalando que en el presente caso se trata de un supuesto de desigualdad en la ley que afecta precisamente a una ley formal. Distinguiremos las siguientes fases:

A.— El primer paso consiste en averiguar la finalidad real y verdadera de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Dilucidar la finalidad del

art. 708 nos lleva a investigar la voluntad del legislador, o fin subjetivo, es éste el parámetro fundamental; debiéndose contar, para ello, como medio suficiente, con los trabajos preparatorios de la elaboración de la norma y la situación histórica y social en que la misma fue creada.

Cuando el legislador de 1851 dio redacción al actual art. 708, por un lado reconocía el evidente analfabetismo de los ciegos, por otro lado, en aquel entonces, los ciegos carecían también de instrumentos técnicos precisos para poder leer el lenguaje ordinario; de ahí precisamente que la norma les situase junto con aquellos ciudadanos que no supiesen o no pudiesen leer. En aquel entonces el legislador no podía dejar de tener en cuenta el caso de los ciudadanos ciegos, como situación más merecedora de consideración, proporcionándoles una protección frente a los peligros o amenazas de fraudes, engaños o suplantaciones de que podía ser objeto durante el otorgamiento de tal testamento; fue ésta, pues, la voluntad del legislador.

Conocido el fin subjetivo de la norma, respecto al fin objetivo de la misma se ha de indicar:

— Textualmente el art. 708 establece de manera expresa la prohibición a los ciegos (junto a los que no sepan o no puedan leer) para hacer testamento cerrado.

— De manera indefectible el art. 708 señala indirectamente una exigencia en el otorgamiento de tal modalidad testamentaria: añade la exigencia de aptitud del testador para ejercitar la lectura.

Si contrastamos la voluntad del legislador con la voluntad declarada por la norma la consecuencia inmediata resalta una evidente discrepancia en la actualidad entre lo querido y lo declarado.

Teóricamente se presupone que la verdadera finalidad de la norma es la que ésta declara perseguir, pero dicha presunción cesa cuando existen síntomas suficientes deducidos de la investigación sobre el fin subjetivo para pensar que la finalidad real es otra, como así ocurre en el contraste que se ha realizado respecto al art. 708 y que nos lleva a afirmar que tal precepto establece una prohibición que origina en los ciudadanos ciegos aptos para la lectura una distinción discriminatoria que contradice el principio de igualdad.

B.— El segundo paso consistirá en la conexión de la finalidad de la norma con un interés constitucionalmente relevante. Es fácil comprender que la desigualdad de trato que una norma establezca no puede ser justificada y por

tanto quedar inmune a su inconstitucionalidad por una finalidad cualquiera; lo primero que a tal finalidad se exige es que proteja a través de la diferencia de tratamiento un interés constitucionalmente relevante, entendiendo tal precisamente, aquel y sólo aquel que se encuentre amparado por la propia Constitución. Respecto al art. 708 se ha de indicar que el fin de la norma no solamente es inconciliable con el art. 14 de la C.E., sino que también lo es con otros preceptos constitucionales:

— Con el art. 33 que reconoce a todos los ciudadanos españoles el derecho a la propiedad y a la herencia afirmando de manera categórica que “... *3º nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

— Con el art. 49 que establece un deber constitucional para los poderes públicos en el sentido de que realizarán una política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos “... *a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos*”.

— Con el art. 27 (particularmente en su apartado 5º) que impone a los poderes públicos el deber de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la educación.

De la indicada conexión se desprende que la prohibición establecida en el art. 708 vulnera el principio a la igualdad de los ciegos respecto a los demás ciudadanos por conculcarse también su derecho a la herencia, a la educación y en suma a su integración social y jurídica; o sea, que además de negarle la facultad de hacer testamento cerrado que sí les está reconocida a los demás ciudadanos, consagra jurídicamente su ineptitud para la lectura del lenguaje ordinario y se le niega el derecho a su plena integración colocándosele en una situación desigual y discriminatoria con respecto al resto de ciudadanos.

C.— El tercer paso consiste en el juicio de proporcionalidad. Ordinariamente el TC no agota su enjuiciamiento con la constatación de que la finalidad perseguida por la norma es un interés constitucionalmente relevante, sino que pasa seguidamente a determinar si la desigualdad de trato es proporcional o si por el contrario no lo es. El juicio aquí consistirá en determinar si la medida empleada en la norma del art. 708 es un medio apropiado para alcanzar la finalidad perseguida. ¿Concurren actualmente en los ciudadanos ciegos, situaciones particulares que les hagan merecedores de un trato especial? No po-

dríamos entrar en el enjuiciamiento de la proporcionalidad de la norma en relación con el fin que persigue, si considerásemos exclusivamente el argumento de la discrecionalidad del legislativo por estimar que éste está en mejores condiciones que nadie para apreciar la oportunidad de una medida.

Pero es que actualmente no puede ser aceptada la discrecionalidad del legislativo como argumento para admitir la oportunidad de la medida que el art. 708 establece para los ciegos, por cuanto que:

1º) Téngase en cuenta como ya se ha dicho el contexto histórico y social en que apareció la norma: ineptitud de los ciegos para escribir y leer.

2º) Como también ya se expuso, en la actualidad los ciegos merced a los avances tecnológicos tienen la posibilidad de escribir y leer el lenguaje ordinario ya fuese manuscrito o impreso.

3º) Los ciegos también tienen por tanto, la posibilidad de entender lo leído y mediante su comprobación cerciorarse del contenido de lo escrito.

4º) En definitiva, además, los ciegos se encuentran en 1992 ante la posibilidad de saber y poder dar óptimo cumplimiento, al igual que el resto de ciudadanos, a todas y cada una de las solemnidades y requisitos previstos en la sección que nuestro Código civil prevé para el otorgamiento del testamento cerrado.

Por otra parte, retomando nuevamente el fin subjetivo o voluntad del legislador para proteger a los ciegos impidiéndoles otorgar testamento cerrado se ha de señalar:

a) Los ciudadanos ciegos con aptitud para la lectura del lenguaje ordinario y, por ende, para ejecutar el testamento cerrado, tienen durante la fase privada de su otorgamiento los mismos riesgos de falsificaciones, estafa o engaños que el resto de ciudadanos. La realidad e historia jurisprudencial en torno a la validez de los testamentos cerrados en nuestro país frente a tales peligros o amenazas, muestran y demuestran que ello es así.

b) Mediante la fase notarial la presencia del Notario e intervención de testigos constituyen garantías necesarias y suficientes para orillar los peligros o amenazas frente a hipotéticas suplantaciones.

III. RECAPITULACIÓN

La metodología que se ha venido utilizando para el estudio del art. 708 del C.c. con respecto al principio de igualdad nos permite afirmar:

PRIMERO.— En 1992 la prohibición legal que impide a los ciegos hacer testamento cerrado carece de justificación objetiva y razonable.

SEGUNDO.— El art. 708 del C.c. expresa una distinción discriminatoria de los ciegos con respecto al resto de ciudadanos, en orden a la facultad para hacer testamento cerrado, por cuanto que, además de negarles (mediante prohibición expresa) el posible ejercicio de tal facultad, se les coloca de manera innegable en una situación de desventaja en razón a que por la propia lógica de la prohibición a los ciegos, el Ordenamiento Jurídico Civil no les brinda las mismas oportunidades que al resto, quienes incluso, a tenor de las reglas que se expresan en el art. 706 del mismo cuerpo legal sí que tienen reconocidas además la opción de acudir al amanuense; o sea, la ley reconoce a los ciudadanos no ciegos la facultad de escribir por sí mismos el testamento o de hacerlo otra persona a su ruego, firmando el testador en todas las hojas y al pie del testamento.

La situación de desventaja que supone para los ciegos el art. 708 se acrecienta con la incomprensible opción que se expresa por la parte in fine del citado art. 706 al expresar que *“Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad”*.

TERCERO.— La prohibición legal para los ciegos de hacer testamento cerrado y la situación ventajosa que el art. 706 confiere a los ciudadanos no ciegos, sitúan a aquéllos en una situación de desventaja con lo cual el art. 708 consagra un trato de distinción discriminatoria de los mismos que vulnera el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la CE y conculca los derechos e intereses constitucionales previstos en los artículos 33, 27 y 49 también de nuestra Carta Magna.

CONCLUSIONES

PRIMERA.— En el Derecho Civil Español no se ofrece una definición acerca de quiénes son los ciudadanos que podrían ser integrados en tal concepto. Los ciegos se configuran como un supuesto de caso especial frente a la regla general consagrada en el art. 322 del Código, y a los que de manera excepcional la ley civil no les reconoce plena capacidad de obrar para todos los actos de la vida civil.

Ante el silencio de la ley civil, subsidiariamente, para conocer los rasgos definidores del ciego, habrá de acudir a leyes y jurisprudencia de carácter laboral y a otras disposiciones de carácter administrativo y de manera especial a las establecidas por la ONCE.

SEGUNDA.— En el vigente Ordenamiento Jurídico Civil los ciegos no poseen plena capacidad de obrar pues están sujetos a las siguientes limitaciones: Son inhábiles para intervenir como testigos en todas las modalidades testamentarias y en la prueba de las obligaciones y además se les prohíbe hacer testamento cerrado a virtud de las disposiciones contenidas en los arts. 61-8º, 1.246-2º y 708 respectivamente.

TERCERA.— Al estudiar aisladamente el art. 708 del C.c. puede afirmarse que en tal precepto se contiene una doble disposición: por un lado, de manera expresa, establece la prohibición de los ciudadanos ciegos y aquellos que no sepan o no puedan leer para hacer testamento cerrado; por otro lado, de manera indirecta el precepto señala la exigencia de aptitud para la lectura, que habrá de concurrir en el testador para el otorgamiento de dicha modalidad testamentaria.

CUARTA.— En la actualidad los términos absolutos de la prohibición que el citado art. 708 establece para los ciegos, carecen de justificación objetiva y razonable, por cuanto que:

a) La visión ya no es imprescindible para la lectura, puesto que los ciudadanos afectados de ausencia o cualquier deficiencia en su visión disponen de los instrumentos técnicos precisos para escribir y leer el lenguaje ordinario, ya sea en forma manuscrita o impresa.

b) La carencia o deficiencia visual no impide a los ciudadanos que la padezcan dar óptimo cumplimiento a todas y cada una de las solemnidades y requisitos previstos en la Sección que el Código dedica al testamento cerrado.

c) De serles reconocida a esas personas la facultad de otorgar testamento cerrado, bastarían las garantías que a través de la intervención del Notario y presencia de los testigos, se brinda a todo testador, amén de que las mismas tienen la prudencia y sagacidad precisas para adoptar las precauciones y cautelas para escribir, redactar y firmar su testamento cerrado por sí mismas sin intervención de amanuense y orillar los riesgos o peligros de fraudes, engaños o suplantaciones a los que, por otra parte, también están sujetos los ciudadanos que no estén en tal circunstancia.

QUINTA.— Los términos absolutos de la prohibición establecida para los ciegos en el art. 708 suponen una vulneración del principio de igualdad consagrado por el art. 14 de la C.E. y una conculcación, además, de los derechos que a todos los ciudadanos les son reconocidos por los arts. 33, 27 y 49 también de nuestra Carta Magna, por cuanto que dicha prohibición refleja un trato desigual y discriminatorio de los ciudadanos ciegos frente a los que no lo son, habida cuenta que:

a) Los ciudadanos no ciegos tienen reconocida la posibilidad de hacer testamento cerrado y en cambio a los ciegos se les prohíbe el ejercicio de la facultad.

b) Con tal prohibición además se niega a los ciudadanos ciegos el ejercicio de la facultad que como opción el art. 706 del C.c. confiere a todos los ciudadanos.

c) Asimismo, por la innegable posibilidad que los ciudadanos afectados de ausencia o deficiencia de visión tienen para la escritura y lectura del lenguaje ordinario, se coloca a los mismos en una situación de desventajas con respecto a los demás; situación de desventaja discriminatoria esa que ataca los caracteres de acto personalísimo y revocable con que se figura al testamento en nuestro Derecho. Añade además la plena capacidad de obrar de que gozan los ciegos en los actos *inter vivos* en los que a diferencia de los *mortis causa* las consecuencias y efectos de su realización están presididos por su irrevocabilidad.

SEXTA.— Finalmente, quiero apuntar que la reciente modificación llevada a cabo mediante la Ley 30/91 de 20 de diciembre supone en cuanto a los ciegos una reforma incompleta e insuficiente, en tanto que con la misma todavía no se logra con plenitud una revisión modernizadora del vigente tratamiento legal que el C.c. impone a tales ciudadanos; puesto que con su más que centenaria redacción el art. 708 les prohíbe otorgar testamento cerrado.

Resulta lamentable, pues, que todavía en 1992 persista una norma que coloca a los ciegos junto a los analfabetos, impidiéndoles además acceder a la designación de amanuense como al resto de ciudadanos en el otorgamiento del testamento cerrado y con una exigencia como es la de la doble lectura en el testamento abierto. Por todo lo dicho, en la actualidad carecen de justificación los términos absolutos de tal regulación, pues a los ciegos les es posible saber y poder leer y escribir. Tales aspectos legales someten a los ciudadanos ciegos a un trato legal discriminatorio injusto e injustificable que en aras de lograr la plena adaptación de la ley civil a los principios de la Constitución

Española de 1978 detectan la necesidad de que nuestro poder legislativo profundice en la actualización de tales cuestiones que conduzca a la desaparición de los términos absolutos con que se prevé la situación de los deficientes visuales, deslinde técnicamente la colocación de tales ciudadanos junto a los analfabetos y sea aumentada la discrecionalidad del notario respecto al otorgamiento de testamento por los ciegos.

Entiendo que esos aspectos deben ser las líneas básicas para una reflexión y debate para considerar la conveniencia o no del mantenimiento del expresado trato legal, ya que la realidad nos muestra y demuestra que los deficientes visuales españoles ven así su presente legal y mirando al futuro, con una visión progresista reclaman su plena igualdad en el aspecto concreto de otorgar testamento con las mismas posibilidades que el resto de ciudadanos y con las garantías precisas que se derivan de la discrecionalidad notarial en una orientación similar a la seguida por el Código civil alemán y el italiano.

BIBLIOGRAFÍA

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por MIGUEL MORENO MOCHOLI “*Instituto Editorial Reus*” 1950.

JAIME SANTOS BRIZ: *Teoría y Práctica*, Tomo VI, *Derecho de Sucesiones* (Editorial Revista de Derecho Privado, 1979).

MANUEL ALBADALEJO: *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones* (Editorial COMETA, S.A., 1987).

JOSÉ BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Tomo III (Editorial Civitas, Madrid, 1987).

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, *Derecho de Sucesiones* (Editorial REUS, S.A., 1989).

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*, Volumen V, *Sucesiones* (EDERSA, 1978).

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones* (COMETA S.A., 1988).

XAVIER O’CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones* (Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, 1987).

JOSÉ SUAIZ RINCÓN: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*.

LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ASPECTOS PRESUPUESTARIOS, CONTENIDO Y LÍMITES

MANUEL HERNÁNDEZ SUÁREZ

LICENCIADO EN DERECHO
TÉCNICO-ADMINISTRADOR GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

ÍNDICE

CUESTIÓN PREVIA.

DEFINICIÓN MODALIDAD CONTRACTUAL.

FIJEZA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PROCEDENTE DE LA
CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. VIOLACIÓN PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES.

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE NEGLIGENCIA EN LA
CONTRATACIÓN LABORAL.

INTERÉS GENERAL: LÍMITE PRESUPUESTARIO. CONSECUENCIAS.

ART. 21-8º LEY 16/1990, 26 DE DICIEMBRE: SU REPERCUSIÓN.

TIPO DE CONTRATO LABORAL TEMPORAL MÁS INTERESANTE
PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

CONVENIENCIA DE LA PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS LABO-
RALES TEMPORALES.

CUESTIÓN PREVIA

— La contratación laboral temporal, no es una fórmula única y exclusivamente utilizada por la Administración Pública, ni tampoco fue ésta quien la creó para resolver sus problemas de atención a sus necesidades, de defensa del interés general por carecer de plantilla orgánica que las pudiera llevar a cabo.

La contratación laboral temporal, que es un instrumento jurídico de uso habitual, desde que existen empleador y empleado, que ha proliferado en los últimos tiempos, ya venía regulada, sin remontarnos a otrora, en el artículo 27 de la Ley de Contratos de Trabajo.

La crisis económica imperante y galopante, sufrida por los devastadores efectos de la crisis del petróleo, generada a raíz de 1973, de cuyos efectos las economías de todo el mundo, y especialmente las de Occidente, y en concreto de los países en desarrollo o vías de desarrollo, como es, en este caso, España, no han dejado de sentirse, aunque se han ido superando, provocó un ingente, vasto y variado espectro de personas en paro o una demanda desmesurada de empleo por todas las capas sociales, lo cual era un elemento negativo de primera magnitud por cuanto que ello producía una serie de derivaciones trascendentales tales como:

— Una crispación social en los núcleos de población con menos medios para buscar nuevos empleos alternativos, cuyo origen estaba en su bajo poder adquisitivo que le impedía montar pequeños negocios, si se quiere familiar; escaso conocimiento cultural, insuficiencia preparación para un oficio, etc.

— Un aumento de la delincuencia, al faltar provisión económica, para sí o para la familia, elemento éste que degenera en un aumento del consumo de la droga en las capas sociales más jóvenes y marginadas.

— Un desequilibrio en el consumo, producto de la falta de dinero para comprar.

— Otros aspectos sociales y humanos de diferente índole, como la previsión empresarial sobre los que tenían empleo, pues la amenaza de aquéllos a éstos de los muchos parados, etc.

Esta situación obligó a las autoridades públicas titulares de la política económica y social, a concertar con los interlocutores sociales: Sindicatos; y

los productivos; empresarios para ir paliando las consecuencias de este fenómeno.

Desde los Pactos de la Moncloa hasta la llamada concertación Social actual, han aparecido en el universo financiero social, una serie de instrumentos tendentes a menguar esta plaga social, que es el paro, nacida por:

- a) Una superpoblación mundial.
- b) Un avance fundamental de la informática.
- c) Una industrialización muy tecnificada.

Nuestro país, que ha sufrido, dentro del contexto europeo y mundial, como país desarrollado de la élite media, como nadie, este cáncer social, no ha podido salir de él, con la suficiente holgura.

Desde ese primer pacto político y social de 1977, al que hemos aludido, hasta la historia presente, los intentos por mejorar la situación laboral de los desempleados, han sido variopintos, alcanzando su culmen con lo previsto, en el artículo 40 de la Constitución, al ser un deber, programático si se desea, de los poderes públicos, el alcanzar el pleno empleo.

Esta inquietud e interés tuvo su desarrollo en la Ley 51/1990, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, de Protección al desempleo, y una serie de normas de distinto rango, que perseguían como fin el concretar el panorama oscuro del empleo.

No podemos dejar en olvido, una serie de Acuerdos importantísimos en la vida social española que surgieron para coadyuvar a relanzar el empleo.

El Acuerdo Nacional sobre el Empleo (ANE) de 1982, el Acuerdo Interconfederal (AI) de 1983, el Acuerdo Marco Interconfederal (AMI) de 1984 y el Acuerdo Económico y Social para 1985, que recoge el espíritu de los pactantes así como los demás, pero que destacamos, porque a partir de él, empiezan a surgir una serie de figuras contractuales, que intentan reducir el paro. El Preámbulo del mismo destaca: “Todas las partes firmantes de este Acuerdo, creyendo interpretar el sentir del conjunto de la sociedad española, están convencidas de la necesidad de aunar esfuerzos para el mantenimiento y la creación de empleos desde el ejercicio de sus respectivas esferas de actuación”.

El artículo 15 del mencionado Acuerdo es el que marca el inicio de la puesta en marcha a nivel de Reales Decretos, de una serie de modalidades con-

tractuales de trabajo, que tienen su amparo legal en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, y que describe en su Exposición de Motivos su propósito:

“El objetivo central de estas modificaciones es dotar al marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial en las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo”.

Las formas contractuales se concretaron en:

a) Real Decreto 1.989/1984, de 17 de octubre, que regula de nuevo la contratación temporal como medida de fomento del empleo.

b) Real Decreto 1.991/1984, de 31 de octubre, que regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y jubilación parcial.

c) Real Decreto 1.992/1984, de 31 de octubre que regula los contratos de trabajo en práctica y para la formación laboral de jóvenes trabajadores.

d) Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre; para regular diversas formas de contrato de trabajo de duración determinada, así como el contrato con trabajadores fijos discontinuos.

Amén de estos tipos de contratación, existen otros de menos relevancia, pero no menos importantes como:

a) Real Decreto 1.445/1982, de 25 de junio, que regula diversas medidas de fomento del empleo.

b) Real Decreto 3.239/1983, de 28 de diciembre, por el que se establecen incentivos para fomentar la contratación de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años.

c) Real Decreto 799/1985, de 25 de mayo, por el que se incentiva la contratación de jóvenes trabajadores y se extiende esta medida a determinados programas y contratos vigentes.

d) Real Decreto 1.194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.

e) Trabajo en común y contrato de grupo, regulado en el artículo 10 del Estatuto de los Trabajadores.

f) Otras especies de contratos de distinto contenido, entre los que cabe destacar los relativos a la promoción y empleo de los minusválidos, contemplados en el R.D. 1.451/1983, de 11 de mayo.

Corroborar esta instrumentalización jurídica reseñada, la meta a conseguir, las propias exposiciones de motivo de tales normas, como así lo declara la del R.D. 2.104/1984, de 21 de noviembre al sentar: “La Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, tiene por finalidad dotar al marco legal de la contratación laboral de mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario ajuste de la demanda a las características de la oferta de trabajo”.

DEFINICIÓN MODALIDAD CONTRACTUAL

La cuestión que se plantea entre otras, en la Administración Pública, al contratar personal laboral temporal, es si ésta puede o no estar condicionada, en su calificación jurídica, por la fuente de financiación presupuestaria que le sirva de soporte, o así se haya establecido por norma legal, como se desprende de lo contenido en el art. 21-6º de la Ley 16/1990, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, para el ejercicio de 1991.

— Es principio fundamental en el derecho de las obligaciones, relaciones o negocios jurídicos, que las mismas se definen por su contenido, no por los nombres que las partes les den o del concepto, partida o crédito presupuestario, en el caso que nos ocupa, que les sirva de soporte económico.

En este sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo, con respecto al nombre de las obligaciones, relaciones o negocios jurídicos ⁽¹⁾, cuando sienta que “... pues aunque es lugar común en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia: “que los negocios jurídicos tienen la naturaleza que corresponde a su contenido y los efectos procedentes independientes de sus denominaciones”.

Igual pronunciamiento recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ⁽²⁾ al declarar que: “...ésta deber ser la calificación que

(1) S.T.S. 9 de octubre de 1982 (Ref. Aranzadi 6136).

(2) T.S.J. País Vasco, 2 de marzo de 1990 (Ref. Tomo I de la Ley de 1990).

merece el contrato celebrado entre las partes, cualquiera que sea las que las partes dieran, pues conforme a los arts. 1.281 y ss. C.c. ...”.

El crédito presupuestario que nutre o financia a alguna obligación; en este supuesto una contratación laboral; actúa sólo como requisito de exigibilidad o validez, como así se desprende del artículo 60 de la Ley General Presupuestaria, y a lo sumo que lo contenido en el estado de gastos de un presupuesto de una Administración Pública, lo sea con cargo a los créditos habilitados para ella según el art. 59 de la norma citada, salvo que no haya vinculación de créditos, con lo cual cabría la posibilidad legal de efectuar modificaciones de crédito, por medio de los instrumentos reglados a tal fin o se trate de créditos ampliables, que no es el caso.

En ningún caso, crédito presupuestario otorga naturaleza jurídica a las relaciones que aquél presupuesta, porque, como declara el artículo 42 de la indicada norma, las obligaciones económicas del Estado y de sus Organismos Autónomos nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según el derecho, las generen. Igual pronunciamiento expone el art. 29 de la Ley de la Hacienda Pública Canaria.

En consecuencia, como señala Narciso Amorós Rica ⁽³⁾ al hacerlo del artículo 42 expone que: “de cuanto antecede ha debido quedar suficientemente claro: 1º. Que no pueden confundirse las fuentes de las obligaciones (ley, contrato o acto administrativo) con las fuentes del gasto público (la Ley del Presupuesto por excelencia); y 2º. que aunque la situación más frecuente es que la sanción de obligaciones por el Estado y la correspondiente habilitación de créditos discurran por cauces paralelos tendentes al pago o cumplimiento de la obligación, una y otra operaciones —ciertamente con efectos jurídicos bien distintos— pueden, no obstante desenvolverse de forma autónoma”.

Recalca este autor este aspecto, cuando al comentar el art. 60 describe que: “Es por ello por lo que los estudiosos de la cuestión manifiestan, casi unánimemente, que es necesario distinguir entre fuente jurídica del gasto público, que es siempre el Presupuesto o una Ley especial con contenido presupuestario, y la causa o título de ese gasto público que es la relación jurídica obligacional, extrapresupuestaria, en virtud de la cual el estado adquiere la obligación de realizar una prestación pecuniaria en favor de otra persona o ente”.

(3) Narciso Amorós Rica. *Comentarios a la Ley General Presupuestaria*. Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas.

Por lo tanto, no define a los contratos laborales que se van a suscribir, el que la financiación de los mismos se efectúe por un capítulo distinto al destinado a los gastos de personal en la Ley de Presupuestos, porque:

1º.— La contratación laboral temporal se realiza con cargo al capítulo I.

En ningún lugar del Estado de Gastos de los Presupuestos relativos a Capítulo distinto al mencionado se recoge consignación presupuestaria para tal fin.

Esto está en relación con lo que dispone el art. 21-6º párrafo primero de la Ley de Presupuestos, es que las transferencias de crédito que hayan de efectuarse para dotar a las partidas correspondientes al personal laboral eventual, tendrán cobertura en Capítulo II, en aquellas que no posean vinculación si hubiera necesidad de dotar a las partidas habituadas a tal objeto. Podría suceder que el capítulo II no fuera usado a tal fin, porque por las economías de vacantes de laborales vinculadas al artículo 13 del Estado de Gastos, fuera suficiente para cubrir todos los contratos, con lo cual el citado capítulo no sufriría modificación alguna para tal evento, razón por la cual la contratación se ha financiado con el capítulo I y no el II, lo que implica que ni siquiera a estos efectos puramente económicos obligue.

2º.— El artículo 35 de la LHPCAC, en relación con el 59 de la LGP, establece que los créditos para gastos se destinarán exclusivamente para la finalidad para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o por las modificaciones aprobadas conforme a esta Ley. Esto significa que si hiciera falta para la contratación laboral, se utilizará crédito del capítulo II, pero sólo eso, no que ello supedita si el contrato laboral ha de ajustarse a una modalidad u otra, ni mucho menos que la defina.

**FIJEZA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PROCEDENTE DE
LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. VIOLACIÓN PRIN-
CIPIOS CONSTITUCIONALES**

El límite del 31 de diciembre de 1991, para la contratación laboral temporal, planteado en el art. 21-8º de la Ley de Presupuestos no es comprensible, ni desde su configuración, ni desde su origen, ni por sus consecuencias; estas últimas se plasman en el párrafo segundo del mismo.

El inciso final del párrafo primero alude a uno de los requisitos exigidos por el art. 68 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, para que la contratación laboral eventual, sin mencionar ningún otro, con lo cual ha de llevarnos a la conclusión que los efectos en la fijeza, que pudieran producirse, según el párrafo segundo del precepto, ha de referirse a ése única y exclusivamente, pues de lo contrario, estaríamos ante una repetición innecesaria de los condicionamientos estipulados del art. 68 de la LPFCAC.

Centrados por consiguiente, en las consecuencias de la fijeza, que se produzcan de incumplirse las obligaciones formales y materiales del art. 68 de la LPFCAC, poniéndolas en relación con el 31 de diciembre de 1991, como fecha límite de la contratación laboral temporal, pues qué otro sentido si no, tendría tal fecha, resulta que:

1. — La fijeza a la que alude el precepto legal, por mucho que la norma que pudiera derivar se establezca como consecuencia de unas irregularidades administrativas invalidantes o no; en el sentido de ser nulas de pleno derecho o efectuadas en fraude de ley; no es posible admitirla porque:

A) No hay que olvidar que el acceso a la función pública se rige por el art. 103-3º de la Constitución, norma que hay que poner en relación con el 23-2º, igualdad en el acceso a la función pública, precepto encuadrado dentro de los derechos fundamentales en la Carta Magna, que son de aplicación directa, esto es, sin necesidad de desarrollo por disponer de rango distinto e inferior a ella, como así se desprende del art. 53-1 y 2 de la CE, en conexión con el 161-1º de la misma.

Esta igualdad supone que todos los que quieran acceder a la función pública, habrán de ser seleccionados por principios de mérito y capacidad en la elección y publicidad en la oferta. Esto ha sido desarrollado en los arts. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y 70 y ss. de la Ley 2/1987, de 30 de marzo.

Si no se cumplen estos requisitos, la conversión en fijo será nula de pleno derecho, por cuanto que el acceso a la función pública no puede producirse por irregularidades administrativas en la contratación, pues de lo contrario, esto supondría una puerta falsa para convertir en empleado público a aquel que por negligencia no se ha obrado de acuerdo a Derecho.

Por ello, si el efecto al que se alude el art. 21-8º in fine de la Ley de Presupuestos se produjera, esto conculcaría:

a) El principio de jerarquía normativa regulado en el art. 9-3º de la CE, 1-2º del Título Preliminar del Código Civil y 23 y ss. de la Ley de Régimen

Jurídico de la Administración Pública del Estado, porque vulneraría la constitución, como norma de rango superior.

b) Invadiría el ámbito de competencias de las Leyes orgánicas, las cuales tienen atribuidas las competencias para contemplar determinadas materias, entre las cuales están los derechos fundamentales por mor del artículo 81-1º de la CE, una vez que el acceso a la función pública es un derecho fundamental, estipulado en el art. 23-2 C.E.

El derecho de igualdad supone que todos los ciudadanos, puedan concurrir por igual a la función pública, derecho que quedaría restringido, mermando, reducido a la nada, esto serían ilusas las expectativas de aquéllos al acceso a la función pública, si por culpa de irregularidades administrativas, por muy graves que éstas sean, los contratos laborales temporales se devienen en fijo.

Este aspecto ha tenido oportunidad de destacarlo la jurisprudencia de los distintos órganos jurisdiccionales, que por ingente reduciremos a:

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽⁴⁾ al sentar que: “... se pretende construir un supuesto de fraude de ley, sin ninguna apoyatura seria y firme, lo que se está intentando es precisamente alcanzar esa situación en contra de las disposiciones de rígida observancia u obligado cumplimiento, e incluso la vulneración de un principio constitucional, el contenido en el art. 103.3 C.E., pues acceder a tales pretensiones significaría burlar la normativa correspondiente del Derecho Administrativo y una posible grave lesión a los intereses públicos, así como un atentado a las expectativas del resto de los ciudadanos que en virtud de los criterios de mérito y capacidad aspiren a ocupar esos puestos”.

— Sentencia ⁽⁵⁾ de la extinta Magistratura de Trabajo de Santa Cruz de Tenerife, que afirma: “A mayor abundamiento, es de aplicación al caso aquí analizado la doctrina, ya reiterada, del Tribunal Supremo que mantiene que viabilizar un medio de acceso a puestos de trabajo en la función pública, con exclusión de pruebas reglamentadas por el Derecho Administrativo, significaría burlar una normativa específica, causando un grave daño a los intereses públicos y un evidente atentado a los derechos inherentes a cualquier ciudadano que pudiera aspirar a dicha plaza y estuviera en condiciones de superar las oportunas pruebas de idoneidad, violando por tanto, las reglas de acceso a la función pública según mérito y capacidad y el principio de igualdad de oportu-

(4) S.T.S. 4 de junio de 1986 (Ref. Revista *La Ley* 6628, de 2 de octubre).

(5) S. Magistratura Trabajo nº 3 de 22 de febrero de 1988, de las de Santa Cruz de Tenerife.

tunidades que consagra nuestra Constitución (sentencias de 9-10-85; 21 de febrero, 4, 5 y 9 de junio de 1986; 2 y 6 de febrero y 3 de marzo de 1987)’’.

La jurisprudencia tiene declarado que, salvo supuestos de incumplimientos especialmente cualificados, las irregularidades en que pueden incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal del personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato de los requisitos previstos, la atribución de carácter indefinido al puesto de trabajo, sirviendo así de trampolín para el acceso a cuerpos y plantillas para los que la ley exige la superación de determinadas pruebas, lo que conculcaría el art. 103.3 CE, que impone los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública y el art. 23.2 de la misma. Norma, que consagra el de igualdad de oportunidades, ya que de otra parte la Administración está vinculada por el principio de legalidad y ha de llevar a cabo sus actividades mediante funcionario.

— Sentencia ⁽⁶⁾ del Juzgado núm. Dos de lo Social de Las Palmas, que aunque de manera no explícita alude a esta doctrina, si la mencionada, al resaltar que: “... por otro lado, que obvia por innecesaria, cualquier otra consideración jurídica, conocida por los autores, acerca del acceso a la condición de funcionario”.

B) En las reseñas jurisprudenciales mentadas en la letra precedente, se perfilaba de manera expositiva que las irregularidades administrativas en la contratación laboral de duración determinada, efectuada por las Administraciones públicas, no provoca la conversión de contratos de tal naturaleza en indefinidos, porque afecta al derecho de igualdad de oportunidades de los ciudadanos en el acceso a la función pública.

Descrito esto, es preciso analizar la cuestión de la fijeza, si hubiera lugar, no desde esa óptica de la transgresión del principio de igualdad; que pudiéramos considerar el aspecto material o sustantivo de la contratación, consagrado en el 23-2º de la CE, como precepto fundamental, así como el art. 5-1º del Estatuto de Autonomía, 19 de la Ley 30/1984, de 20 de agosto y 73 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo; sino desde la comisión de irregularidades administrativas, si se cometieran.

El recurso a la jurisprudencia, que por extensa, nos privamos de enumerar, en su totalidad pero que, no obstante, nos hacemos eco de algunas de las

(6) S. Juzgado de lo Social 2 nº 963, de 23 de enero de 1991, de los de Las Palmas de Gran Canaria.

más relevantes, es trascendental, porque la doctrina legal sentada por los órganos jurisdiccionales es la que ha concretado y definido cuál es el alcance jurídico de la contratación de duración determinada, que han llevado a cabo las Administraciones Públicas, así como ha ahondado en los efectos de que tales procedimientos se produjeran, en las situaciones jurídicas de los trabajadores afectados.

Por ello, conviene resaltar:

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽⁷⁾ que dice: “El hecho de que se rebase por la Administración el término indicado por los preceptos legales para los contratos de trabajo de duración determinada o cualquier irregularidad en la concertación de los mismos, no implica, como efecto de estas contravenciones susceptibles, en su caso, de sanción administrativa; la transformación del contrato temporal”.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ⁽⁸⁾ al afirmar que: “Las irregularidades en que puedan incurrir las Administraciones públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido”.

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽⁹⁾ que expone: “Es preciso en el caso descartar la existencia de fraude de ley a que se refiere la sentencia combatida, que condena al Ministerio de Trabajo a que readmita a la trabajadora, declarando la nulidad de su despido, porque por un lado, conforme reiterada jurisprudencia, no cabe presumirlo en la contratación realizada por entidades al contratar temporalmente lo hacen a consecuencia de falta de personal funcional preciso o necesario, y por otro, las irregularidades en dicha contratación no pueden determinar la atribución de carácter indefinido al contrato, pues se vulneraría con ello los arts. 103.3 y 23.2 C.E.”.

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ⁽¹⁰⁾ que destacara: “Con independencia de que la presunción fraudulenta no es atribuible a un organismo de la Administración del Estado, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 21-12-84, 9-10-85 y 5-2-85, todas de la Sala 6ª), es lo cierto que el mismo Alto Tribunal en sentencia de 21-6-89 (Ar. 4.827)

(7) S.T.S. 16 de junio de 1984 (Ref. Revista *La Ley* 6624, 1 de octubre de 1986).

(8) S.T.S. Justicia Navarra de 27 de junio de 1989 (Ref. Revista *La Ley*, Tomo I, 1990).

(9) S.T.S. 2 de marzo de 1990 (Ref. Revista *La Ley*, Tomo I, 1990).

(10) S.T.S.S. Canarias, Sala de lo Social de 5 de marzo de 1991.

resolviendo un caso similar al de autos establece que no puede argüirse en contra de las exigencias de la normativa expuesta en el Real Decreto 2.104/84, bajo cuyo amparo se firmó el contrato de autos, según consta en su exposición de previa a las estipulaciones, que se realicen pactos temporales sobre tareas normales de la Entidad ni que las necesidades persistan más de las del tiempo pactado porque, de lo contrario se establecería una “Fictio Legis”. Por consiguiente el hecho de finalizar el contrato al fin del tiempo máximo establecido que era 6 meses como consta en la estipulación segunda, no significa fraude legal, aunque se contratará seguidamente, y no obsta a ello el que formalmente se firme el contrato días antes, a otra persona de la misma titulación y para la misma plaza de la actora, a fin de continuar manteniendo el servicio en régimen de temporalidad en espera de la provisión definitiva de las plazas”.

2.— Es claro y evidente, que la responsabilidad que pudiera derivarse de las irregularidades formales y materiales, en la contratación laboral, efectuadas al amparo del artículo 68 de la Ley 2/87 y con fecha de vencimiento posterior al 31 de diciembre de 1991, no son las de la fijeza, porque no es posible que ésta se produzca porque:

— Violaría los principios de igualdad en el acceso a la función pública y mérito y capacidad en la selección.

— No se produce fraude de ley en la contratación laboral.

— No se ha producido irregularidad alguna al usar el art. 2 y 3 del R.D. 2.104/84, como se puede observar de las siguientes resoluciones judiciales:

1) De la sentencia citada en último lugar.

2) Sentencia del Juzgado de lo Social ⁽¹¹⁾ nº 2 al señalar: “Así que los contratos de autos se realizan al amparo del art. 2 del R.D. 2.104/84, de 21 de noviembre, en relación con el art. 15.1 del E.T. todos ellos con su límite temporal y el objeto del contrato, por lo que no puede estimarse que exista fraude de ley, máxime cuando no se ha observado irregularidad alguna...”.

3) Sentencia del Juzgado de lo Social ⁽¹²⁾ que sienta: “A la vista de lo actuado la juzgadora no aprecia indicios que hagan pensar en un proceder fraudulento de la Consejería demandada; así en efecto, no se han sobrepasado los plazos que para cuya duración de los contratos establecen los artículos 3 y 2 del Real Decreto 2.104/84; por otro lado, de los informes obrantes en el expe-

(11) S.⁶³ Juzgado de lo Social 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de enero de 1991.

(12) S. Juzgado de lo Social 5 de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de diciembre de 1990.

diente administrativo se desprende que estaban justificadas tanto las acumulaciones de tareas como la necesidad de la realización de obras y servicios determinados y duración incierta;...”.

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE NEGLIGENCIA EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Si no son las responsabilidades que se pueden generar, las procedentes de la fijeza, ¿a cuáles entonces se está refiriendo el artículo 21-8 de la Ley 16/1990?

Las responsabilidades a las que alude el citado precepto, no son las presupuestarias del art. 140 y ss. de la LGP por cuanto que las irregularidades que se pudieran cometer:

a) No están contempladas en ninguno de los supuestos del art. 141 de dicha norma.

b) No provocan fijeza.

c) Esas irregularidades, a lo sumo, lo que ocasionarían, no es otra cosa, que posibles indemnizaciones por despidos considerados improcedentes y los salarios de tramitación por cuanto que la Administración Pública no está obligada a readmitir a ningún trabajador por esos principios de méritos y capacidad e igualdad, y ausencia de fraude de ley que preside su gestión, como así lo evidencia constante y reiterada jurisprudencia que reproducimos brevemente:

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽¹³⁾ que explica: “... en el sentido de no condenar en casos como el presente a la Administración Pública al pronunciamiento alternativo de readmisión con una opción se podría perpetuar en el desempeño del puesto el trabajador, sin haber observado en cuanto al ingreso aquellos principios constitucionales limitando el pronunciamiento al abono de la indemnización fijada en aquel art. 56, con lo que ni se infringe los principios del art. 103.3 de la Constitución Española, ni se deja sin reparación al trabajador ni sin sanción los incumplimientos de la normativa laboral”.

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽¹⁴⁾ que declara: “... si bien ello no puede suponer que en aras de respeto de los principios consagrados en el art.

(13) S.T.S. 22 de marzo de 1988 (Ref. Aranzadi 2247).

(14) S.T.S. 29 de marzo de 1990 (Ref. Revista *La Ley* 11095 de 17 de octubre de 1990).

103.3 C.E. queden desamparados los derechos del trabajador al ser cesado en la actividad tan anómalamente contratada, pues supondría que los trabajadores al servicio de la Administración Pública recibieran trato distinto al de quienes lo hacen para empresas privadas, lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia interpretando los arts. 55.4 y 56 E.T. en el sentido de no condenar a la readmisión a la Administración en estos casos y limitar al pronunciamiento condenatorio al abono de la indemnización fijada en el art. 56 E.T. además de los salarios dejados de percibir”.

Por ello, las responsabilidades que pudieran derivarse de lo contenido en el art. 21.8 párrafo final de la Ley 16/1990, lo son por incumplimientos formales, por la fórmula contractual indebidamente utilizada, sin que ello afecte a lo sustantivo o material del contrato, esto es, que no es posible genera fijeza en la Administración.

Estas responsabilidades no son por ello de tipo presupuestario, porque no se conculcaría los arts. 140 y ss. de la LGP, sino administrativas como producto del perjuicio económico que se le ocasionaría la Administración.

Si tal supuesto de despido improcedente aconteciera, daño que puede resolver la propia Administración incoando los expedientes de responsabilidad administrativa que procediesen de acuerdo con lo establecido en el art. 41 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 81 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, 121 y 122 de la Ley de Expropiación forzosa y 133 a 136 de su Reglamento y 106 de la Constitución, o bien de origen disciplinario, si además del perjuicio económico causado, éste tiene su origen en una infracción disciplinaria, para lo cual cabría iniciar el pertinente expediente de acuerdo con lo estipulado en el art. 58 n) de la Ley 2/1987.

Depurado así este concepto de las responsabilidades se ha de concluir, por el fin obtenido, que aquélla sólo puede ser administrativa o disciplinaria, o ambas a la vez porque no son incompatibles las exigencias de la misma, porque mientras que la primera pudiera afectar al funcionario exigible, por los procedimientos legales que posee la Administración para reclamar sus créditos a sus deudores, la segunda pudiera incidir en la situación administrativa del afectado, lleve o no aparejado resarcimiento económico por parte de la Administración, una vez que el mal generado afecta a la de un perjuicio en sus arcas, sin que por ello vulnere lo presupuestado en la pertinente Ley de Presupuestos de cada año, porque puede haber partida dotada de crédito, para hacer frente a las resoluciones judiciales que impongan un pago a aquélla

en un ejercicio que se genera o en el siguiente como así se desprende del art. 42 en relación con el 63-2 b) de LGP.

INTERÉS GENERAL: LÍMITE PRESUPUESTARIO. CONSECUENCIAS

Esto puede ser así, porque no hay que olvidar que la Administración Pública, tiene como nota de su actuar la consecución del interés general, que no puede plegarse a otros límites que no sean:

a) El presupuestario, de acuerdo con lo establecido en el art. 60 LGP, salvo las excepciones de los arts. 59 y ss. de la misma norma.

b) El adecuamiento al ordenamiento jurídico.

Este interés general ha sido proclamado como máximo exponente de la actividad administrativa, por reiterada jurisprudencia que reseñamos a continuación:

— Sentencia del Tribunal Supremo⁽¹⁵⁾ que asevera:

“La acumulación de tareas que autoriza la contratación laboral temporal por los organismos públicos puede contemplarse, no desde la perspectiva única del exceso normal en relación con su volumen de trabajo, sino desde la disminución de personal disponible para realizar aquellas tareas”.

— Sentencia del Tribunal Supremo⁽¹⁶⁾ que narra: “... suprimiendo el INP y creando las entidades que menciona, produjo los naturales desajustes precisados de tiempo para recomponer las plantillas de aquellos entes, y así éstos se vieron obligados a completar el personal de que disponían acudiendo al tipo de contratación que es objeto de repudio en la sentencia recurrida, porque como es evidente los referidos entes, cual es INSS, no pueden por su sola voluntad ampliar su plantilla, sino que han de acudir a las formalidades, exigencias y autorizaciones y dotaciones presupuestarias pertinentes, durante cuyo lapso, y mientras se cumplen, han de seguir realizando el cometido que tienen encomendado... mientras tal momento llegue, resultaría una conclusión absurda negar la posibilidad de acceder a la contratación temporal para remediar tal situación y siempre que no se superen los límites que la legislación

(15) S.T.S. 16 de junio de 1986 (Ref. Revista *La Ley* 6624 de 1 de octubre).

(16) S.T.S. 29 de septiembre de 1986 (Ref. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

impone, y es natural y beneficioso que la contratación para fomento de empleo sea utilizada por el mismo órgano que la dispuso y los entes dependientes de él”.

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽¹⁷⁾, cuando afirma: “En organismos estatales el aumento de volumen de asuntos origina una acumulación y retraso en el despacho de los mismos; y al no poder ser atendido y resuelto con aumento de plantilla de funcionarios que accedan en virtud de oposición, concurso-oposición, etc., dentro de la normativa propia de los funcionarios públicos, y para cuyos cargos exista la correspondiente dotación presupuestaria se utiliza el cauce de la contratación temporal dentro de su órbita laboral y además a las posibilidades económicas que permiten los créditos concedidos al efecto, creándose con ello una situación de precariedad en cuanto a los llamados al trabajo y al tiempo que pudiera durar el mismo, por exigencias de las posibilidades económicas que se habrían podido conseguir.

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽¹⁸⁾ que expone: “... ya que la limitación a la duración del contrato no quiere decir que haya de entenderse que la necesidad no puede prolongarse por más de ese tiempo.

Precisamente porque la necesidad seguía, es por lo que la Entidad ahora recurrente tuvo que acceder a la nueva contratación..., pues su propósito no era eludir la contratación por tiempo indefinido de los luego citados en el proceso, sino continuar manteniendo el servicio en régimen de temporalidad, en espera de tal provisión definitiva de las plazas”.

Por lo tanto, el interés general que ha de presidir el actuar de la Administración en el ejercicio de su actividad de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la C.E. y 1 del Estatuto de Autonomía, se lleva a cabo o desarrolla a través de la asunción de una serie de obligaciones jurídicas nacidas de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, se generen, como así dispone el art. 42 LGP, obligaciones estas que adquieren la naturaleza que les corresponda, bien porque procedan de las contenidas en el art. 60 LGP o sentencias judiciales o de operaciones de Tesorería legalmente autorizadas, según prevé el art. 43 LGP.

Estas obligaciones jurídicas de la Administración tienen un marco jurídico propio que las ampara y un sustrato administrativo, civil, mercantil, la-

(17) S.T.S. 9 de febrero de 1987 (Ref. Idem).

(18) S.T.S. 21 de junio de 1989 (Ref. Aranzadi 4827).

boral, etc., que las sustenta, razón por la cual hay que distinguirlas de los créditos presupuestarios que consten en los estados de gastos porque:

a) La norma jurídica que sustenta a una y a otra, son diferentes, porque la primera justifica y apoya la obligación creada para satisfacciones el interés general y la segunda ampara la existencia del crédito para hacer frente a aquélla.

b) La existencia de crédito en una partida presupuestaria no implica necesariamente la existencia de una obligación jurídica, que se haya contraído para hacer frente a un gasto efectuado para la ejecución del interés general, sin que haya montante económico disponible que permita el nacimiento de una obligación determinada, que puede o no generarse de tal modo que el presupuesto anual no siempre se ejecuta en su totalidad, por lo que resultan economía y remanentes, lo que nos lleva a la conclusión de que puede estar consignado crédito y no usarse total o parcialmente para una obligación, lo que a su vez lleva a la deducción que las obligaciones jurídicas son independientes de los créditos presupuestados, en cuanto:

— A la propia vida de la obligación, una vez que éstas si quiera, pueden existir haya o no partida presupuestaria que le sirva de soporte financiero porque:

- La propia LGP establece excepciones a la anualidad presupuestaria al autorizar los gastos plurianuales, según el art. 61 por lo que es posible contraer obligaciones sin que haya consignación suficiente.

- En la Sección segunda del título II de la LGP, art. 59 y ss. se establecen, amén de lo dispuesto en el apartado precedente, una serie de mecanismos legal-presupuestarios por lo que dotar a una partida sin crédito sirviendo sólo como mención: los suplementos de crédito, crédito extraordinario, créditos ampliables, etc.

— De acuerdo con ello, una cosa es la obligación jurídica y otra el crédito que le sirva de apoyo económico, de tal manera que puede nacer la primera sin la segunda, porque el interés general ha de prevalecer ante la falta de una nueva y pura consignación presupuestaria, pues ello conllevaría al absurdo de que la Administración no pudiera cumplir sus fines con respecto a la sociedad, lo que no debe llevarnos tampoco a la concepción de que se puede contraer cuantas obligaciones se antojen o se pretendan justificar bajo ese paraguas, pues de lo contrario quebraría cualquier estado de gastos e ingresos de una Administración.

Lo que se ha pretendido evidenciar con lo expuesto es que no se puede entender en sentido rígido el concepto limitativo del art. 60 LGP porque:

- La LGP admite excepciones como las contempladas en los arts. 63 y 66.
- Existen gastos plurianuales.
- Concurren en la misma Ley instrumentos ya aludidos más que suficientes para dotar de medios económicos a una partida presupuestaria sin consignación, cuando lo que se pretende es hacer frente a unas obligaciones.
- Las propias leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para cada ejercicio, en su disposición adicional primera, permite que con cargo al presupuesto corriente se carguen obligaciones de años anteriores.

Ante ello, una vez contraída la obligación, no puede alegarse falta de crédito para hacer frente a ella, si ésta viene impuesta por una sentencia judicial firme, como ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional ⁽¹⁹⁾ cuando dicta: “El respeto que de forma especial los poderes públicos han de otorgar a las libertades y derechos fundamentales, y la singular relevancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las resoluciones judiciales obliga a que la Administración pública y en su caso, los Tribunales, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el mencionado derecho constitucional adquiera plena efectividad, por lo que en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria pueda justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener actuando con la diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas”.

En consonancia con ello, en el propio comentario del precepto constitucional, el 133-4º, se declara que: “De acuerdo con las leyes ha de interpretarse en el sentido de que tales actividades han de ajustarse al bloque de legalidad, respetando sus requisitos y cauces; en ningún caso para cada contracción de obligación financiera realización del gasto sea preciso una Ley, pues ello conduciría a la práctica paralización de las Administraciones Públicas”.

El profesor César Albiñana ⁽²⁰⁾ al comentar la sentencia referenciada afirma: “Partiendo, como se parte de una sentencia judicial no es necesario considerar el debatido problema de la contratación de obligaciones se les lla-

(19) S.T.C. 7 de junio de 1982 (Ref. *Comentarios a la Constitución art. 133-4º* Fernando Garrido Falla y otros).

(20) César Albiñana. *Revista Presupuesto y Gasto público*, nº 13, 1982, páginas 179 a 181.

ma económicas sin condicionarlas a la disponibilidad del correspondiente crédito presupuestario, pero sí conviene apuntar que la doctrina del Tribunal Supremo se orienta a admitir la legalidad de las obligaciones legales, reconocidas o comprometidas por la Administración Pública aunque no existe crédito disponible en los Presupuestos vigentes. Es decir, parece aceptarse la existencia de dos legalidades: La que rija la respectiva actividad administrativa y la presupuestaria, pero de tal modo concebida la primera que la obligación legalmente adquirida, comprometida, liquidada, reconocida es válida per se y desencadena una habilitación de crédito presupuestario cuando éste no exista en la cuantía o en el concepto que sea procedente en el respectivo ejercicio presupuestario sin entrar en el análisis de los preceptos de la Ley General Presupuestaria, que en ocasiones son objeto de mágica interpretación semántica, se ha de exponer que las corrientes doctrinadas de nuestros días se inclinan por asignar a los créditos presupuestarios una mera función contabilizadora, tal vez inducidas por la crisis económica endosada al sector público y tan elevadas facturas para el déficit de este último”.

El criterio jurisprudencial nacido del Tribunal Supremo, al que alude el profesor Albiñana, empezó a engendrarse desde diversas sentencias, entre las que podemos entresacar:

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽²¹⁾ que señala: “... en consecuencia titular de un derecho subjetivo emanado de las normas legales que regulan una materia, mientras que los Presupuestos carecen de tal objeto, pues sólo persiguen la habilitación de los medios económicos precisos para atender las obligaciones del Estado, pero sin que, como dice el art. 37 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, puedan en caso dictar leyes nuevas, ni modificar las vigentes por medio de preceptos contenidos en su articulado; de ahí que por el Consejo de Estado se haya mantenido la doctrina que el vicio de nulidad que establece el artículo 39 para las obligaciones contraídas sin crédito legislativo no tiene aplicación cuando se trata de créditos estimativos y no limitativos siendo lo procedente en estos casos la convalidación mediante el propio proyecto de Ley que concede el crédito extraordinario”.

— Sentencia del Tribunal Supremo ⁽²²⁾, que recoge: “contemplado así el caso, en toda su integridad, la Sala estima que la argumentación aislada de los arts. 59 y 60 de la Ley General Presupuestaria esgrimidas, no son suficien-

(21) S.T.S. 14 de noviembre de 1967 (Ref. Aranzadi 4909).

(22) S.T.S. 25 de junio de 1987 (Ref. Aranzadi 4287).

tes, pues al abarcar todo el espacio conflictivo aparece una conducta administrativa creadora de una decisión en el administrado, que bajo los parámetros de la buena fe no puede quedar desamparada por el Derecho, lo que así ocurre bajo la doctrina cobijada en la eficacia del correspondiente Principio General expresamente reconocido en el art. 7.1 del Código Civil y que, como tales, presiden la interpretación del Ordenamiento del modo como impone el artículo 1.4 del mismo Código, por cuanto, si bien no es posible disponer de la subvención a cargo de un presupuesto agotado, ello no debe ser obstáculo a la efectividad del pago atendiendo al carácter vinculante de la oferta pública productora del nacimiento de la obligación al pago siempre que la respuesta del administrado se adecúe a las condiciones de la referida oferta, cuya argumentación ha de sumarse el valor contenido en la finalidad política de la norma medida dictada para disminuir el desempleo-amparado constitucionalmente por los artículos 39 y siguientes del texto, cuyo conflicto exige de los jueces una actuación para restablecer las necesidades contenidas de la Justicia, si es que se quiere que el Ordenamiento Jurídico sea una estructura viva y no un almacén de declaraciones fantasmales que sólo tienen existencia en el Boletín Oficial”.

— Sentencia del Tribunal Supremo⁽²³⁾ que expone: “... Pues el art. 64.1 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, prevé tal situación y a ella pone remedio mediante el instituto de crédito extraordinario, o del suplemento de crédito, según su caso, ya que no debe olvidarse que los Presupuestos no constituyen por sí obligaciones sino, sólo un acto de previsión económico-financiera pues los derechos nacen fuera de la Ley de Presupuestos de tal modo que si no hay previsión financiera para satisfacer el legítimo derecho del administrado la consecuencia de este defecto del presupuesto no puede ser la inexistencia o negación del derecho sustantivo a satisfacer, sino la de adoptar las medidas oportunas para obtener un crédito, según los casos, para dar la debida satisfacción al derecho de acreedor, pues un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídica legítima por el mero hecho que no exista crédito presupuestario;...”.

Concluimos esta cuestión con los términos empleados, en los Comentarios a la Ley General Presupuestaria efectuada por el equipo dirigido por Narciso Amorós Rica, que al desarrollar los aspectos que relacionan a los arts. 42 y 60 de dicha ley declaran:

Entiendo que es necesario tener en cuenta:

(23) S.T.S. 28 de junio de 1988 (Ref. Aranzadi 4640).

a) Que el citado artículo 60 colocado en la Ley no en el Título I, que se refiere al régimen de la Hacienda Pública, sino en el Título II, regulador de los Presupuestos capítulo I, sección 2ª, “Los créditos y sus modificaciones”. Esta circunstancia autoriza para pensar que el legislador quiso separar, en alguna forma al menos radicalmente, la obligación estatal que se contempla en el capítulo II “Las obligaciones de la Hacienda Pública”, del citado Título I, del Crédito presupuestario cuyo encuadramiento, manejo y modificaciones se regulan en el Título II.

b) Que cuando la Ley, en el capítulo del Título I, se remite a lo dispuesto en el artículo 60, lo hace en el artículo 43 que, precisamente, se refiere a la exigibilidad de las obligaciones de pago y no, en modo alguno, en el 42, que contempla el campo del nacimiento de las obligaciones.

Por ello considero, que para hacer coincidir la doctrina con la realidad debe entenderse, como hace Albiñana, que el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria, que debe estimarse limitado al campo de los créditos y de su utilización se refiere a la contratación de obligaciones como fase de la gestión presupuestaria de alcance garantista controlador y muy especialmente contable y no a las fuentes de las obligaciones bajo el punto de vista general del Derecho Civil y Administrativo.

Ubicados en este punto, no nos llevemos al error de creer que se está proclamando la transgresión del art. 60 de la LGP, en el sentido de que bajo cualquier pretexto o circunstancia, se puede contraer una obligación jurídica, con independencia de la existencia de la consignación presupuestaria, pues ello nos conduciría a admitir que la Administración se gestiona al margen del ordenamiento jurídico y en consecuencia vulneraría principios tan fundamentales en un Estado de Derecho como el principio de Seguridad Jurídica, contemplada en el art. 9-3º de la C.E., como bien señalan los comentarios a la LGP, ya reseñados, que el analizar el art. 48, de la citada norma cuando afirma: “En consecuencia, si caso de no existir la consignación, las previsiones de los arts. 48 y 60 tuviesen validez absoluta con repercusión en el nacimiento de la obligación económica, se daría lugar a una tremenda inseguridad en el tráfico jurídico, con virtual indefensión de quien, bona fide, contrate en la Administración, frente a un muy probable enriquecimiento de ésta, no justo”.

Parecer éste que recoge, por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo ⁽²⁴⁾ al sentar que: “No pudiendo admitirse como pretende el letrado del

(24) S.T.S. 9 de febrero de 1988 (Ref. Aranzadi 1284).

Estado, que por haberse agotado en su momento los créditos para facilitar la política de Fomento de Empleo, se agota la posibilidad de la Administración de atender esa necesidad, porque supondría un ataque al principio de seguridad jurídica reconocida en el artículo 9-3 de la Constitución y, a los de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad del poder público que, según el mismo precepto ha de presidir la actuación de la Administración”.

Se conculcarían, también otros principios constitucionales como los recogidos en el art. 9-1º y 97 de la C.E.

Lo que se ha pretendido destacar es que no hay relación directa y exclusiva entre partida presupuestaria y obligación jurídica, pues pueden existir la una sin la otra, pero dentro de unos cánones y para ciertos supuestos, porque:

a) Los gastos plurianuales rompen el principio de temporalidad 49 de LGP, lo que significa que se pueden proveer obligaciones jurídicas para varios años; cuatro como máximo.

b) La LGP admite distintos modos de crear créditos en una partida: partidas ampliables, créditos extraordinarios, suplementos de crédito, etc., según el art. 59 y ss. de la misma.

Estos patrones son el interés general de la Administración, por el que ella debe velar; entre los que están atender servicios públicos mediante personal laboral temporal, cuando hay falta de crédito para ampliar plantilla o las vacantes no se han cubierto por los procedimientos legales.

Este interés general no puede demorarse por estas causas, por lo que, si una partida presupuestaria no tiene suficiente consignación ha de nutrirse por los vehículos legales habilitados al efecto, y de no ser posible o estar agotados aquéllos, la imposición por resolución judicial del pago de unas cuantías, pudiera originar la puesta en marcha de aquéllos para los presupuestos del ejercicio posterior.

No se insta a remitir a los contratados laborales temporales a los Juzgados de lo Social, para que por vía sentencia en reclamación de cantidad se le abonen, aquel montante ocasionado por una obligación jurídica que nació sin partida presupuestaria, sino que han de culminarse todos los procesos legales posibles, y si no solventan la cuestión planteada, si los contratados fueran a los Juzgados de lo Social, se les pagaría lo debido.

Se pretende con esta fórmula legal, pues como señala el art. 43 de la LGP, las obligaciones exigibles a la Hacienda Pública, entre otros supuestos, se ge-

neran de sentencias judiciales firmes, que como hemos tenido oportunidad de ver, ésta por la copiosa jurisprudencia citada, máxime cuando es la Administración quien tiene que llevar a cabo ese interés general tan mentado por enésimas veces.

Que ha de evitarse que esto se prodigue y se convierta en norma, es un hecho evidente, pero que no debe llevarnos a la falsa concepción de un art. 60 rígido sin excepción posible, que impida el ejercicio de la actividad que por imperativo constitucional del art. 103, ha de llevar a cabo la Administración, pues por el hecho de agotarse las partidas presupuestarias, no se extingue el interés general ni la necesidad de contratar personal para atenderlo.

Según ello, cada vez que el interés general demandante ante la sociedad, se viera privado de consignación presupuestaria, éste se vería obligado a paralizarse, cuestión absurda, porque si no de qué valor serían los mecanismos presupuestarios estipulados en el art. 59 y ss. de la LGP. Esto está en consonancia con la doctrina jurisprudencial que se detalla a continuación:

— Sentencia del Tribunal Central de Trabajo ⁽²⁵⁾ cuando señala: “... y que los puestos de funcionarios solamente deben ser desempeñados por ellos... La Administración en la ineludible necesidad de cumplir los fines encomendados por el ordenamiento jurídico y a veces sin los medios personales necesarios para ello, se ve forzada a la recluta de personal vinculándolo en régimen... o laboral a la realización de funcionarios administrativos...”.

Sentencia ya citada del Tribunal Supremo ⁽²⁶⁾ al afirmar: “... las necesidades persistieran, ya que la limitación a la duración del contrato (en este caso a la partida presupuestaria) no quiere decir que haya de entenderse que la necesidad no pueda prolongarse más de ese tiempo lo cual equivaldría a establecer a una “fictio legis”, en contra de la posible realidad, ficción que, desde luego no se encuentra en la normativa que se consideraría”.

Por ello, si la necesidad se mantiene no es razonable ni justificado el oponer su no desarrollo por falta de cobertura crediticia, cuando hay fórmulas legales para ello, mediante la convalidación, si bien, insistimos, ello no debe conducirnos, a creer que alegremente con auténtico libre albedrío y de manera desproporcionada, se puedan contraer obligaciones sin crédito.

Por esta razón, si la Administración a través de sus agentes se extralimitase en este asunto, como dice el profesor Narciso Amorós Rica en los comen-

(25) S.T.C.T. 4 de noviembre de 1983 (Ref. Aranzadi 9283).

(26) S.T.S. 21 de junio de 1989 (Ref. Aranzadi 4827).

tarios referenciados: “Esta anómala situación debe inevitablemente corregirse a través de un mecanismo adecuado que permita a la Administración, con independencia de que ella misma proceda a exigir de las autoridades o funcionarios correspondientes las responsabilidades de orden interno que procedan, cumplir con sus compromisos con externos o con terceros”. La Administración para no verse enfrentada a una responsabilidad cuyo cumplimiento resultaría exigible a través del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se verá en la necesidad de habilitar el crédito presupuestario que precisa a través de alguno de los mecanismos (crédito suplementario o extraordinario, transferencias) que la LGP autoriza, mediante la convalidación de la deuda”.

En este sentido se ha manifestado también José Pascual García⁽²⁷⁾ al afirmar que: “Se pensará tal vez que la tesis que sostenemos conduce a liberar de todo control al Ejecutivo al permitírsele subsanar mediante normas reglamentarias las infracciones de la legalidad cometidas en la actuación administrativa. Creemos que no es así. La responsabilidad ha de exigirse a los órganos de la Administración a la hora de contraer obligaciones sin crédito, no a la hora de subsanarla, haciendo posible su pago al único perjudicado, que no es el funcionario, sino el acreedor que ha cumplido su prestación y mientras aquélla es sistemáticamente ignorada no vemos con qué fuerza moral se puede hacer víctima de la ilegalidad a un tercero que posiblemente haya obrado de buena fe”.

Esta postura la confirma el Consejo de Estado⁽²⁸⁾, que dice: “Por lo que respecta a la naturaleza de la obligación que ha de satisfacer no es posible desconocer que ha sido contraria con vulneración de lo dispuesto en el art. 60 de la Ley General Presupuestaria, según el cual los créditos autorizados en el Estado de gastos de los Presupuestos tienen carácter limitativo, y por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior a su importe siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan la expresada norma. Ciertamente la necesidad ineludible del gasto a que este expediente se refiere, circunscribe esta nulidad a un aspecto estrictamente formal, dadas las exigencias del servicio público, y las graves consecuencias que se hubieran seguido de no haberse efectuado...”.

La Contratación Laboral temporal efectuada por la Consejería es una necesidad ineludible por la carencia de medios personales, producto de:

(27) José Pascual García. *El Procedimiento de ejecución del gasto público*. Colección Manuales. Instituto Nacional de Administración Pública.

(28) Dictamen Consejo de Estado 2 de noviembre de 1979 (Ref. José Pascual García).

a) La falta de crédito presupuestario que sustente la creación de puestos de trabajo, en las Relaciones de puestos de trabajo, para así adecuar éstas a las precisas plantillas de cada Servicio.

b) La demora en exceso en cubrirse las vacantes de la relación de puestos de trabajo, originada por la lentitud en el acceso a la función pública por los procedimientos legales establecidos; arts. 73 y ss. de la Ley 2/1987, 30 de marzo, y 6 del Convenio Marco.

Estas pruebas se resuelven en ejercicios económicos diferentes a aquéllos en que se convocan, por lo que las vacantes y necesidades sobrepasan los límites anuales. Este retraso no puede ser soportado por las Administraciones Públicas que tienen tantas funciones y competencias que ejecutar, máxime cuando se quiere poner al día una serie de tareas que no pueden esperar más.

En consecuencia, en aras de ese interés general, ineludible, por los mecanismos legales que proceda, bastaría con que se habilitara el crédito para que se procediese a su pago, como así lo considera José Pascual García, al destacar que: “Pues bien, estas obligaciones y en general, todas aquellas que tuvieron validez originaria, podrán ser satisfechas una vez otorgado el crédito. Si el acto administrativo generador de la obligación fue válido, aunque ésta deviniera ineficaz por insuficiencia de crédito bastará con habilitar el crédito para continuar el procedimiento de gasto necesario para su efectividad”.

Esta extralimitación en la contratación de obligaciones, esto es, más allá de los créditos, hay que enmarcarla dentro de los términos de los arts. 21 y 140 de LGP, dejando a salvo la discusión doctrinal sobre la discrepancia sobre el adjetivo calificativo de la negligencia, regulada en ambos preceptos es decir responsabilidad por dolo, culpa y negligencia.

En consecuencia, para que se produzca la responsabilidad a la que alude el art. 141-1 c) LGP, es necesario que concurran dos requisitos fundamentales de condición sine qua non, que son:

a) Causas perjuicio a la Administración.

b) Proceder dicho perjuicio de dolo, culpa o negligencia.

Los dos requisitos están condicionados uno a otro, pues de no darse uno de ellos, no se puede argüir conculcación del precepto reseñado, pues no es posible el perjuicio a la Administración, si éste no es causado a los efectos de responsabilidad previstos en la LGP, por dolo, culpa o negligencia, o habiéndose producido tales situaciones, no se ocasione aquél.

Esta opción la mantiene el profesor Amorós Rica, en la obra mentada, al destacar que: “Por el contrario en este Derecho presupuestario la infracción se vincularon la indemnización, como, acabamos de ver en el número 2, pero como hemos razonado en este último párrafo, aunque se demuestre la infracción, es decir, la claridad de la existencia de la infracción surja antes de que no se hayan producido daños y perjuicios a la Hacienda Pública, no existirá... indemnización o, lo que es lo mismo, frente a la infracción formal inicial no surge la sanción al menos de carácter civil si bien podría aplicarse la disciplinaria, cuando así se establezca en las normas vigentes respecto de los funcionarios en general”.

ART. 21-8º LEY 16/1990, DE 26 DE DICIEMBRE: SU REPERCUSIÓN

Llegados a este extremo, conviene sino destacar que la configuración del texto del art. 21-8º de la Ley de Presupuestos para 1991, de la CAC, resulta innecesario, por inoperante, toda vez que:

1.— El fijar el límite temporal para contraer una obligación, que circunscrito al año natural ya lo establece con carácter general el art. 49 de la LGP en relación con el 134-2º de la CE, por lo que resulta una redundancia carente de basamento jurídico, el que se reitere tal límite, pues ya estaba regulado.

Por otro lado, no tiene sentido, tampoco desde el punto de vista de su contenido, porque la contratación laboral temporal está dentro de las excepciones de propia letra del art. 63-2 b) de la LGP, ya que la misma es un tema de personal, que puede cargarse al ejercicio en curso, si la obligación estaba debidamente contraída.

2.— La repetición de los requisitos formales del art. 68 LFPCAC, no se explica, pues el precepto citado es lo suficientemente claro, para que se reproduzca de nuevo, sin justificación aparente alguna, máximo cuando se trata de vincular como hemos visto las consecuencias de la posible fijeza al incumplimiento de aquéllos circunstancia esta que no era posible que se produjera.

Esto vacía de contenido ese inciso del párrafo primero del artículo en análisis.

3.— La remisión a lo desarrollado sobre la fijeza, ha de conducirnos a considerar que el primer inciso del párrafo segundo de la norma en estudio,

no merezca ni el más mínimo comentario, por querer hacer derivar unas consecuencias jurídicamente imposibles.

4.— Las responsabilidades del art. 140 y ss. de la LGP, no son predicables para este caso concreto, sino para cualquier infracción por dolo, culpa o negligencia, siempre y cuando se cause perjuicio a la Administración, elemento éste improbable que a lo sumo alcanzará al abono de indemnizaciones por despido y salarios de tramitación cuando así lo dictaminen los jueces, pero en ningún caso lesión patrimonial causados por dolo, culpa o negligencia, salvo que se convierta en práctica habitual, anómala y regular la contratación laboral temporal sin consignación presupuestaria, que desde luego no es el caso.

En definitiva, no se entiende la redacción de una norma, que por su configuración y contenido ha devenido al ordenamiento jurídico, sin fuerza jurídica formal y natural alguna, pues los pilares en que se quiere sustentar: La fijeza por el incumplimiento formal y las responsabilidades que ello generaría; están vacíos de esencia y aporte legal y jurisprudencia.

TIPO DE CONTRATO LABORAL TEMPORAL MÁS INTERESANTE PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es preciso en este momento, una vez expuesta la necesidad de la contratación laboral temporal y sus efectos entrar en el análisis pormenorizado de todos y cada uno de los tipos de modalidades contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

En el apartado primero de este escrito, enumerábamos las en vigor en nuestro derecho del trabajo, razón por la cual es preciso así deslindar los conceptos contemplados en cada uno de ellos, para concluir con la elección del que resulte más ventajoso y ajustado a esta realidad de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Los tipos regulados en el R.D. 1.991/1984 de 31 de octubre, esto es, los de contrato a tiempo parcial, relevo o jubilación parcial, no son aplicables a la A.P. como norma general, sobre todo en el de relevo jubilación parcial.

1) No hay tarea o labor por horas y días en el caso del contrato a tiempo parcial, figura de mucho uso y aplicación en la Consejería de Educación sobre todo para los vigilantes de comedor.

2) El acceso a la función pública, ya estudiado, exige que se adecúe a unos procedimientos legales: arts. 23 y 103-3º C.E., lo que implica que las figuras del relevo y jubilación parcial no sea posible llevarlas a cabo, aun cuando se trata de contrataciones parciales.

b) Los contemplados en el R.D. 1.992/1984, de 31 de octubre; contratos de trabajo en práctica y para la afirmación, más que modalidades contractuales en sí, son figuras encomendadas a promover trabajo a las personas que reúnan las condiciones de la norma con el fin de que adquieran cierta experiencia y conocimiento.

Se pueden utilizar, si bien en un Departamento de Gobierno auténticamente motorizado, por la celeridad y experiencia que requiere su gestión, habría que analizar dónde podría ubicarse un personal de estas características.

c) Los regulados en el RD 1.445/1982 de 25 de junio de colaboración temporal; están pensados fundamentalmente, como dice el art. 3º-1 a) del mismo, para actividades de utilidad social y que redunden en beneficio de la comunidad.

Es el tipo de contrato establecido para la realización de las obras de los Ayuntamientos que benefician a la colectividad y es desarrollado por desempleados, como indica la letra b) que les falte período de cotización para poder acceder a las prestaciones o subsidios de desempleo.

d) Los recogidos en los Reales Decretos 3.239/1983, de 28 de diciembre; fomento de trabajo para desempleados mayores de 45 años, 799/1985, de 25 de mayo, sobre medidas incentivadoras de trabajo de jóvenes trabajadores, 1.194/1985, de 17 de julio, sobre jubilación anticipada como medida de fomento al empleo, y el 1.451/1983, de 11 de mayo, sobre promoción y empleo de los minusválidos; son formas de promocionar a determinados grupos de desempleados, según sus condiciones, que tienen como única ventaja los beneficios de Seguridad Social y subvención que se puedan obtener beneficios a los que no pueden acceder las Administraciones Públicas.

El que no sean modalidades de contrato no implica que las Administraciones Públicas no deban tener en cuenta estos mecanismos de promoción para los trabajadores afectados por algunos de estos factores, como así se desprende del art. 38-2º de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

Nos queda por destacar las dos modalidades de contrato laboral temporal que más empleo ha generado como son:

a) RD 1.989/1984 de 17 de octubre, sobre contratación temporal como medida de fomento al empleo.

b) RD 2.104/1984, de 21 de noviembre por el que se regulan diversas formas de contrato de duración determinada.

Antes de desmenuzar las diferencias entre una norma jurídica, y ver con los pro y contras que presentan y poder determinar cuál de las fórmulas en ellas recogidas más interesa usar, respetando la legalidad vigente, se hace perentorio escudriñar sobre las variadas formas de contratación reguladas en el R.D. 2.104/84 para concretar cuál de ellas resultaría más pertinente:

A) Lanzamiento de nueva actividad desde luego, no cabe plantearse en una Administración Pública, salvo los Organismos Autónomos dedicados a fines comerciales, el que se usara la figura del art. 5 del R.D. en cuestión: Lanzamiento de nueva actividad; porque:

a) Para la Comunidad Autónoma que lleva suficientes años en marcha, no se puede pensar que la ejecución de una de sus actividades es un lanzamiento de actividad.

b) La propia definición que de ello establece el art. 5-1º no se ajusta ni por asomo, a la contratación laboral temporal en el seno de las Consejerías, salvo el supuesto contemplado.

El precepto alude a líneas de producto o Servicio o de la apertura de un nuevo centro de trabajo. Ninguno de estos elementos concurren en la contratación laboral a efectuar, amén de impensable en un organismo público no comercial o industrial.

Contrato de Interinidad.

Regulado en el art. 4 de la disposición en análisis, de la que huelgan comentarios, porque se trata de una figura pensada no para cubrir una vacante hasta que la misma se provea por personal de plantilla, sino para sustituir a un empleado con reserva de puesto, que no es el caso.

Esto es lo que ha mantenido la Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo ⁽²⁹⁾, cuando sienta: “Los contratos de trabajo interinos del art. 15.1 c E.T., es decir, aquellos que se conciertan con el fin de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo normalmente requieren que

(29) S.T.C.T. 4 de julio de 1983 (Ref. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

el contratado pase a realizar las mismas funciones que antes desarrollaba el que ahora está ausente, pues si no es así, no existe realmente sustitución la cual constituye el elemento esencial definitivo de esta clase de contrato; y precisamente por ello se exige que se haga constar el nombre del sustituido y la causa de la sustitución; sin que estas afirmaciones impliquen la imposibilidad de que en algunos casos muy limitados se puedan producir excepciones a esta regla general, como reconoció la sentencia de este Tribunal de 8-7-81 pero se ha de tener muy presente que aun en estos casos siempre tiene que existir una clara relación o conexión entre el puesto que ostentaba el sustituido y el que pasa a desempeñar quien realiza la sustitución”.

Contratos eventuales.

Es éste un tipo de contrato laboral de duración determinada, no descartable, por cuanto que:

a) Es una figura utilizada en la Comunidad Autónoma en un momento determinado, cuando se acumula mucha gestión, como puede ser la gravación de liquidaciones de tributos.

b) Es una fórmula contractual siempre utilizable cuando hay una auténtica emergencia de resolver un cúmulo de tareas.

Analizadas estas figuras contractuales, no nos resta sino por estudiar las contempladas en el art. 2 del R.D. 2.104/1984, de 21 de noviembre y la regulada en el R.D. 1.989/1984, de 17 de octubre, art. 2 del R.D. 2.104/1984, de 21 de noviembre.

En el art. 2 del R.D. 2.104/84, se configura la modalidad contractual para realización de obra y servicio.

Para determinar si esta forma de contrato sería o no aplicable a la que pudiera efectuar la Administración Pública, conviene examinar sus características.

El precepto que le sirve de basamento jurídico alude a ella definiéndola de esta manera:

a) *Objeto*: La realización de obra o servicios determinados con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta.

b) *Régimen Jurídico*.

1º) Requisitos formales.

2º) Duración del contrato, para el que no señala la finalización expresa, sino sometida la obra o servicio.

3º) Condiciones de denuncia y extinción contractual.

De acuerdo con ello este modelo contractual, puede ser usado por la Administración Pública, una vez que ésta realiza:

1º) Obras y Servicios de diferente naturaleza, ya que su actividad va encaminada al interés general, que se proyecta sobre obras y servicios públicos de tal manera que éstas están perfectamente encuadradas dentro de aquélla, y sin que puedan circunscribirse las mismas, pura y simplemente, a ejecuciones de las mismas en su tenor literal, sino todas aquellas, que amén de ese carácter, las que tengan por fin el desarrollo de las actividades tendentes a poner en marcha a aquéllas, como tuvimos oportunidad de exponer cuando citamos la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1989 (Ref. Aranzadi 4.872) cuando sentaba que: “sin embargo, lo cierto es que los contratos amparados en el Real Decreto 2.104/84 se ajustaron estrictamente a las exigencias de la normativa a que se acogieron, y no puede argüirse en contra que las tareas para las que fueron contratadas en hoy recurridas eran las normales de la entidad”.

Esta misma concepción se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo⁽³⁰⁾ cuando señala: “La presunción del art. 15-1 ET es susceptible de prueba en contrario y el mismo precepto admite los contratos por tiempo limitado, centrándose en este caso la cuestión en el contrato para obra o Servicio determinado admitido en el apartado a) de dicho precepto, contratación permitida y protegida por la Ley, por lo que si bien la actividad de RTVE podrá existir un sector de programación dedicado a la informática, las exigencias del público imponen la necesidad del cambio de programas, siendo por tanto no la actividad generalmente considerada, sino el programa determinado la causa de contratación y por tanto dicho programa es la obra determinada”.

De otro lado, apoya este hecho el que no importe que las actividades a ejercer sean o no permanentes en el tiempo porque:

— La provisión de vacantes no se cubre con la agilidad necesaria y suficiente que permitiría que la actividad no decayera, por la falta de personal, como habíamos declarado en diversas sentencias a las que nos remitimos.

(30) S.T.S. 14 de julio de 1987 (Ref. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

— Aun no existiendo vacantes la falta de consignación presupuestaria en el Capítulo correspondiente para ampliación de plantilla, obliga a que se contrate personal laboral temporal con cargo a la partida que corresponda, para llevar unas labores que no pueden esperar a que se creen puestos que atiendan esas necesidades, como así expusimos en diversas resoluciones judiciales, entre las que cabe destacar la mencionada en apartado anterior.

El propio Tribunal Central de Trabajo⁽³¹⁾ al afirmar que: “... no es preciso que los trabajos a realizar no tengan el carácter de normales o permanentes en la empresa, como sucede en el caso de los contratados eventuales, sino que esas obras o servicios corresponden a la ordinaria actividad de la empresa, lo único que sucede es que la vida de la relación laboral se liga al tiempo que dura la realización de esas mismas obras o Servicios”.

De ello se deduce que la contratación de personal laboral por obras y Servicios es perfectamente admisible en una Administración Pública porque:

— Permite que la actividad en concreto, que se ha de realizar, se pueda llevar a cabo.

— Es posible mantener al trabajador y forma contractual mientras la actividad persista y puestos vacantes o los por crear se cubran con personal definitivo, por los procedimientos legales que procedan.

— Se pueden esos contratos extinguir en cualquier momento, cumpliendo el plazo de denuncia a los 15 días, como dispone el art. 2-2º del RD 2.104/84.

— No produce fijeza del personal tanto, porque las vacantes no se hayan creado puestos nuevos que atiendan los servicios requeridos, pues la figura del usucapión como hemos señalado, esto es, la adquisición de derechos por el transcurso del tiempo previsto en el art. 1.957 E. Civil no otorga derecho en este caso, a la fijeza al trabajador.

— No concede derecho a indemnización al trabajador, por el mero hecho de la extinción contractual, salvo la de despido si así la consideran los Tribunales, que como hemos resaltado, en diferentes sentencias, no lo estiman así.

— Ahorro gestión y coste, por cuanto que se realiza un único contrato duradero, mientras permanezca la obra o servicio la Administración decida o sea imposible presupuestariamente la continuación.

(31) S.T.C.T. 16 de octubre de 1985 (*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

Piénsese que este tipo de contrato se tramita una sola vez, con los documentos que lleva aparejado.

A diferencia de los contratos sujetos a plazos de vencimiento, que si se deciden llevar a cabo, han de prorrogarse de manera continua, con los consiguientes costos materiales y personales, pues se necesitaría personal dedicado a solicitar de los Servicios o Centros Directivos informes sobre prórrogas, tramitar la fiscalización previa y a posteriori de la Intervención, memoria justificativa, certificados de economías y costos, resolución de contratación, documentos contables y elaboración de contratos, los acogidos al art. 2 del R.D. 2.104/84, se desarrollan una sola vez mientras dura el contrato, sólo interrumpible por algunas de las causas citadas y sin tener que tratar tanto documento burocrático como los de tiempo determinado.

— No tienen este tipo de contrato problemas de vencimientos ni de iniciación como los temporales, pues los no contratados en fechas determinadas, después del 1 de enero ó 1 de julio los períodos mínimos de 6 meses no se pueden cumplir, sobre todo si se mantiene la postura inalterable de no más contrato por encima del 31 de diciembre de cada año.

— La oferta genérica y contrato a presentar al INEM, no lleva aparejadas tantos datos a cumplimentar como los laborales de duración determinada, pues mientras que en aquél hasta la mención a la obra y servicio, estos últimos exigen demostrar la no existencia de despido o extinción contractual de un contrato, en un plazo de doce meses que es en sustitución de otro, etc., amén de no remitir al INEM, más que el primer contrato, a diferencia de los de duración determinada, que cada prórroga hay que remitirles.

Real Decreto 1.989/1984, de 17 de octubre.

La propia regulación que define la norma, nos introduce en su naturaleza, cual es el fomento de empleo, esto es, un mecanismo por el que se pretende, entre otros, si no acabar, sí paliar los efectos negativos del fantasma del paro.

Con esta fórmula se ha querido rebajar las tasas de desempleo, poniendo en manos de los empresarios, un instrumento jurídico laboral, sin agobiar como los contratos indefinidos; en un período de crisis; se pretende empujar la actividad de aquéllos, con contratos aun para actividades permanentes, de duración de tres años; siempre y cuando no haya fraude en la contratación mediante eternizar contratos de duración determinada para actividades fijas; y a su vez rebajar por un tiempo las cotas de desempleo, con la idea concebida

de que éstos, transcurridos tres años, puedan pasar a ser en propiedad, como así se desprende de la Exposición de Motivos del mismo, cuando señala: “El artículo 15, del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, mantiene en su número 2, entre los supuestos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada, aquellos cuya celebración *no se justifica tanto por la naturaleza temporal de las necesidades que con ellos se pretende atender cuanto por la importancia que dicha modalidad de contratación puede tener en la generación de nuevos empleos*, supuesto este que ya se contemplaba por otra parte, en la primitiva redacción de dicho precepto y que ha sido objeto de desarrollo a través de diversas normas de carácter reglamentario”.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo⁽³²⁾, cuando sienta: “La jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 21-2-86, 8-4-86 y 6-5-86, excluye tajantemente que la contratación de trabajadores eventuales como medida de fomento de empleo constituya fraude de ley que determina el carácter de fijos de los contratados, como dice la sentencia de 9-10-84, el Organismo demandado (Tesorería) está obligado a nutrirse de funcionarios para la eficaz realización del Servicio público y es claro que si tales supuestos quedaran cubiertos indefinidamente, por contratos eventuales no podría cumplirse el imperativo. *La contratación eventual para fomento de empleo viene a intentar paliar el fenómeno del paro* y a ello pueden acceder sin duda, las Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social para atender urgentes necesidades de personal...”.

Con esta fórmula se pretende abonar un terreno por la futura contratación indefinida como medida de fomento de empleo y pleno empleo, dándose así cauce a lo recogido en el art. 40 de la CE y las normas de desarrollo dictadas, entre las que se encuentra la que estudiamos.

Ahora bien, esta contratación indefinida por el transcurso del tiempo no es posible en la Administración Pública, por cuanto, como hemos expuesto en otro momento de este escrito, sólo a ella se accede por los procedimientos legalmente establecidos; art. 6 Convenio Colectivo; y por los principios de publicidad en la convocatoria, igualdad en el acceso y mérito y capacidad en la selección según aplicación conjunta de los arts. 23-2 y 103-2º de la CE, sin que por ello, el uso de esta fórmula afecte al principio de estabilidad en el em-

(32) S.T.S. 9 de septiembre de 1986 (Ref. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

pleo, como así ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Central de Trabajo ⁽³³⁾, que afirma: “Ha de destacarse que la existencia de personal vinculado a organismos de la Administración en régimen laboral pertenecía al terreno que pudiera llamarse patológico, ya que los puestos de funcionarios solamente deben ser desempeñados por ellos... la Administración en la ineludible necesidad de cumplir los fines encomendados por el Ordenamiento jurídico y a veces sin los medios personales necesarios para ello, se ve forzada a la recluta de personal vinculándolo en régimen laboral a la realización de funcionarios administrativos pero ello, nunca de modo definitivo, pues la permanencia en la función es algo exclusivo del funcionario; esto así difícilmente puede haber infracción al principio de estabilidad en el empleo el que tiene carácter transitorio o temporal”.

Consecuencia de ello, esta modalidad de contrato laboral de duración determinada es menos ventajosa para la Administración por:

a) Su origen por ser una forma contractual pensada para generar empleo fijo.

b) Provoca una indemnización o compensación económica por expiración de contrato equivalente a 12 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, según el art. 3-4º del mismo R.D.

c) Plantea problemas de gestión, por cuanto que las Ofertas genéricas al INEM, como los contratos a cumplimentar ante aquél son más arduas y complicadas de elaborar, por tenerse que cumplir los requisitos, según sea cada contratación del art. 5.

d) El período mínimo de 6 meses por el que se puede contratar, dificulta su uso más allá del 2 de enero y 1 de julio de cada año, si se tiene la intención de prorrogar, por cuanto que tropezaría con el límite presupuestario del 31 de diciembre de cada año, si éste se mantiene.

e) Exige que cada vez que se vaya a efectuar una prórroga, hay que iniciar de nuevo todo el expediente, con los consiguientes informes previos de la conveniencia de la prórroga, copia sencilla ante el INEM y sindicatos, fiscalización previa y a posterior redacción de certificados de economía, coste memoria y resolución de contratación, elaboración y confección de contratos, recogidas de firmas y sellado ante el INEM.

(33) S.T.C.T. 4 de noviembre de 1983 (Ref. Aranzadi 9283).

Amén del trabajo que esto genera hay que mantener personal dedicado a este fin, sobre todo que cuide mediante dietario u índice a vigilar los vencimientos contractuales cada 6 meses, que por abundar habría que ser casi al día.

f) Este tipo de contrato demora la gestión por la documentación que hay que efectuar. Encarece el coste de trabajo, pues se necesita personal dedicado a ello y junto al hecho de realizar toda la tramitación.

g) El límite temporal de los tres años máxime de contrato, si se sobrepasa, aunque no ocasiona fijeza en ningún caso, como hemos tenido oportunidad de exponer, sí provoca la consideración de despido improcedente y la consecuente indemnización por despido y salarios de tramitación, porque tal trabajo temporal se conocía desde que se opta por tal tipo contractual, ya que los tres años se establecen con toda claridad en el art. 3-1º.

Esto parece desprenderse de lo ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sus sentencias:

— (34) Cuando declara: “... que las prórrogas, aunque sean varias de los contratos temporales concertados que no rebasen el límite máximo de dicha contratación”.

— (35) “... que las prórrogas, aunque sean varias, de los contratos temporales concertados, que no rebasen el límite máximo de dicha contratación”.

— En la relación con estas dos citadas, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁽³⁶⁾, que sienta: “La sentencia recurrida da por sentadas circunstancias fácticas suficientes como para concluir que en las dos sucesivas contrataciones amparables en el R.D. 1.989/1984, de 17 de octubre (contratación temporal) como medida de fomento del empleo, en base a la jurisprudencia sentada por el T.S. a cuyo tener, salvo hipótesis de incumplimiento especialmente, cualificados, las irregularidades en que incurre la Administración Pública en la contratación temporal, relativas a formalidades, *términos o prórrogas*, no transforman la relación en indefinida... pero reiterada jurisprudencia del T.C.T. aun acatando lo dicho por el T.S., ha mantenido la doctrina de éste en el sentido de que es necesario armonizar el art. 103.3 C.E. con otros principios igualmente constitucionales, como los consagrados en el art. 24 CE sobre tutela efectiva y en el art. 14 CE sobre igualdad ante la ley, pues

(34) y (35) STS 2 de febrero y 2 de diciembre de 1987 (Ref. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Colex).

(36) STJ Madrid 14 de febrero de 1990 (Ref. Revista *La Ley* 12985, R. del 8 de agosto de 1990).

ante idénticos incumplimientos de particulares y Administración Pública recibirían distinto trato los operarios que trabajan para la Administración, por el mero hecho de servir a ésta, lo cual llevó al T.C.T., e igual criterio sigue el T.S.S. Madrid, Sala de lo Social que en supuestos como el de autos, se condena a la Administración sólo a la indemnización y abono de salarios sin condenarla a la readmisión...”.

h) Los contratos que superaron los tres años como máximo ya que así está regulado, serían una infracción administrativa del funcionario y autoridad responsable de la gestión, que podría dar lugar a la apertura de expediente disciplinario o administrativo, frente al cual no cabría oponer desconocimiento o simple irregularidad, pues el final e inicio del contrato, por esta modalidad, se sabe desde el momento en que se elige la misma.

Hay que tener presente que, transcurridos los tres años como máximo si el trabajador permanece, no devendrá fijo su contrato, pero la indemnización por despido improcedente y salario de tramitación es ineludible por vulnerar los límites de la contratación temporal.

En la contratación laboral llevada a cabo por el art. 2 del R.D. 2.104/1984, de 21 de noviembre, esta circunstancia no se produce salvo que se cometan auténticas irregularidades administrativas de tipo formal, ajenas al período contractual como hemos tenido oportunidad de ver, dado que dicho precepto prevé la posibilidad de realizar obras y servicios hasta que éstos duren, sin sujetarse a tiempo.

En este escrito hemos resaltado que la Administración, por la obligatoriedad de cumplimientos de los fines a ejecutar, cuando no posee funcionarios para ellos, bien porque las vacantes no se han cubierto con la celeridad debida o bien porque no es posible, ya que no hay crédito presupuestario que autorice la creación de nuevos puestos, puede llevar a cabo la contratación laboral temporal hasta que esas actividades puedan ser desarrolladas por personal fijo seleccionado por los mecanismos legales en vigor.

Hemos incluso narrado que aunque determinados contratos sobrepasen el límite legal, ello no lleva aparejado la finalización de la actividad, razón por la cual la Administración, al perseguir sus objetivos, si cumple con todos los requisitos legales; como así ha obrado esta Consejería y se ha destacado las diferentes resoluciones judiciales obtenidas por el uso del art. 2 del R.D. 2.104/84; puede seguir llevando a buen término dicha labor, hasta que pueda hacerlo por empleados públicos definitivos.

El ejercicio de esas tareas, por esta razón, con independencia de las ventajas que ello supone ya mentadas se adecúa mejor al art. 2 del R.D. 2.104/84, que al R.D. 1.989/1984, porque los contratos celebrados por la primera fórmula al no tener límite de duración puedan permanecer en vigor hasta que puedan ser llevadas a término por personal fijo; pues la actividad, como indicábamos, iba más allá de la duración de un contrato por los objetivos a ejercitar por la Administración, lo cual supone que en ese momento, sin problema alguno de que al contrato le falta más o menos tiempo para extinguirse si se hubiese optado por el R.D. 1.989/1984, se declara terminado aquél, con sólo cumplir el plazo de 15 días de antelación.

De otro lado se evitaría, de haberse usado el R.D. 1.989/1984, al producirse ese evento:

- a) La compensación económica de los 12 días por año de contrato.
- b) La indemnización por extinción de contrato temporal; ya que si se contrata por 6 meses como mínimo, y hubiera de cesarse antes de ese período, la diferencia por lo que falta es esa indemnización.

Por otra parte el 2.104/84, es un contrato de más ágil, eficaz y económico en su gestión y coste, que el del 1.989/1984, pues el nivel de burocracia es sensiblemente inferior y, porque permite, a la Administración en todo momento hacer uso de la facultad de rescindir, cuando un trabajador no resulte conveniente por su falta de eficacia; efecto éste de más compleja resolución con el uso del 1.989/1984, una vez que habría que esperar que se terminara el período contractual de los 6 meses o indemnizar por la diferencia, lo que no ocurre con el 2.104/84 por su falta de finalización.

Esto se ha puesto de relieve en este trabajo en diversas ocasiones, citando diversas resoluciones judiciales que han entendido que la actividad de la Administración; cuando carece de personal suficiente, bien por vacantes no cubiertas o por necesidades no cubribles con personal fijo por falta de consignación presupuestaria:

- 1.— No puede pararse, lo que conlleva a que haya de efectuarse con personal laboral temporal.
- 2.— Esta actividad puede durar un tiempo incierto, porque no es previsible cuándo pueda ejercitarla personal fijo.
- 3.— La previsión puede sobrepasar los tres años como límite, que señala el R.D. 1.989/1984.

4.— La urgencia y los fines a conseguir, aun cuando expiren los contratos por el transcurso de los 3 años, pervive puesto que la Administración es un sujeto vivo, obligado a poner en marcha los servicios públicos, de una manera u otra, sin que a ello quepa oponérsele fórmula contractual o período de tiempo.

Esto justifica el que se proponga el art. 2 del 2.104/1984, como modalidad contractual, porque es:

- a) Menos gravoso y oneroso que el 1.989/1984.
- b) Más ágil, célere, eficaz y económico.
- c) Otorga un mayor grado de discrecionalidad a la Administración.
- d) Reduce el grado de burocracia y gestión.

CONVENIENCIA DE LA PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS LABORALES TEMPORALES

Cuestión diferente, que aquí se plantea es, si conviene mantener contratos más allá de los tres años, aun cuando la figura contractual propuesta no fije límite temporal a la contratación, causas más que fundadas éstas que amparan la prórroga de los contratos por más de tres años, siendo cosa bien distinta si es prudente y aconsejable llevar a término esta situación, aun partiendo de la base del beneficio o perjuicio que se le pueda irrogar a los afectados y a la Administración.

Diferentes motivos coadyuvan para que no proceda llevar a cabo las prórrogas.

Éstos son:

1º. En los apartados que hemos relatado señalábamos que la norma usada, para jurídicamente formalizar los contratos laborales temporales a suscribir por esta Administración Pública, no imponía límite temporal a la contratación temporal.

Ahora bien, esta falta de tope legal y la jurisprudencia citada no debe entenderse en el sentido de considerar que sea prudente sobrepasar, porque aunque tal límite no existe, no es menos cierto que el espíritu del legislador

laboral es establecer una meta temporal para los contratos de trabajo, como así parece desprenderse del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y de la ingente cantidad de normas desarrolladoras del mismo, que regulan las múltiples formas de contratación temporal (contratos a tiempo parcial, de relevo, de duración determinada, fijos discontinuos, de medidas de fomento al empleo, etc.), dispuestos en los Reales Decretos 1.991/1984, de 31 de octubre, 2.104/1984, de 21 de noviembre, 1.989/1984, de 17 de octubre, 1.445/1982, de 25 de junio, etc.

Los fundamentos que justifican ello se escudan en el hecho cierto de la grande demanda de empleo existente, que hay que reconducir, aunque sea por períodos de tiempo de trabajo.

En este mismo sentido se pronuncia el art. 5-2º de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en relación con el 15-1º inciso primero del E.T., por cuanto que el principio general es la contratación indefinida y la excepción la temporal, razón por la cual hay que procurar que los contratos sean temporales si no hay otra solución, pero de duración determinada, de tal modo que a base de contrato se ejercite una labor que es permanente.

En definitiva, las normas dictadas como medida de fomento del empleo deben usarse limitativamente, aun cuando alguna de ella no fije tiempo máximo de contratación temporal, porque de lo contrario se conculcaría el propio deseo del legislador, que quiere resolver el problema caótico del paro, procurando trabajo, aunque sea de duración definida.

2º. El alargamiento de la vida contractual del personal afectado, resulta injustificado por:

a) Es prolongación del trabajo artificial, porque este personal, por los principios de mérito y capacidad a los que hemos aludido, como único instrumento válido para el acceso a la Función Pública tendrá una vez contemplados en la Relación de Puestos de Trabajo, que participar en las pruebas públicas que se convoquen al efecto, debiéndolas superar, pues de lo contrario, quedarían eliminados y sus plazas y puestos los ocuparían aquellos que las aprobaran.

Si la convocatoria fuera Concurso-Oposición, el tiempo trabajado les contaría como mérito, pero sólo como puntos a adicionar a los obtenidos por fase de oposición, si ésta la hubieran ganado, porque los puntos de los méritos no pueden computarse para alcanzar el mínimo exigido por las pruebas para estimar las aprobadas, como así se desprende del art. 73-5º de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria.

Dado que las convocatorias en la actualidad vienen recogiendo méritos, valorables en puntos, 0,1 puntos por mes trabajado en función de los meses trabajados por los interesados; treinta y seis a la fecha de la extinción contractual; alcanzan o superan prácticamente, según sea mayor o menor el cómputo mensual a calcular, el límite de méritos que por concurso pudieran lograr, es por lo que la prórroga de los contratos más allá del tope prudencial, que con carácter de principio, ha querido establecer el legislador laboral temporal, cualquiera que fuera su modalidad, de tres años, no se acredita el interés que pudiera tenerse en la continuación de ese personal en las labores que ahora realizan.

La aleatoriedad de percibir unas retribuciones, que las reciben por un trabajo ejecutado, no es causa suficiente para que los contratos se prorroguen, pues aunque no es deseo de la Administración Pública engrosar o contribuir a incrementar, si cabe más, las listas innumerables de trabajadores en desempleo, inscritos en el Instituto Nacional de Empleo (INEM), cobren o no prestaciones de desempleo, ya que como Administración Pública lo que debe procurar es conseguir el más óptimo grado de empleo, puesto que estos trabajadores cobrarían sus prestaciones económicas de desempleo.

b) Por otro lado, sus puestos pudieran ocuparse una vez contemplados en la Relación de puestos de trabajo, y mientras se convoquen las pertinentes pruebas públicas, por otros trabajadores en paro, que a lo mejor no han tenido la posibilidad de su primer empleo, preocupación máxima hoy de las autoridades laborales, para así conseguir:

- Un nivel de empleo lo más amplio posible.

- Unos trabajadores, que ya alcanzarían una experiencia que pudiera facilitarles, si se termina su relación laboral con la Administración, un acceso y movilidad en otros mercados de trabajo.

- La retirada del ocio causante del desencanto, y por lo tanto de la delincuencia, droga, etc., al verse esos trabajadores en paro con su primer empleo, con un sueldo.

- Los trabajadores que ahora dejaran sus puestos, ya han ganado estas facultades y otras derivadas de hacerse responsables y conscientes de la necesidad de trabajar, que no puede negárseles a otros que no han tenido esa oportunidad, una vez que prolongar los contratos no es más, si se permite la expresión, que alargar la vida del cadáver.

3º. No hay que olvidar que los Poderes Públicos y, en consecuencia, el Gobierno están sujetos a la Constitución y resto del ordenamiento jurídico, como así lo disponen los arts. 9-3º, 97 y 103-1º de la Constitución.

Esto significa que si la Administración es la que tiene que velar por el mantenimiento de la legalidad exigible a terceros, sobre todo en un tema tan delicado y de candente presencia, máxime por la presión sindical, no puede ella obviar tal demanda legal, porque:

a) La Administración debe ser ejemplificadora y abanderar el cumplimiento de la ley.

b) Porque si la Administración es capaz de exigirse lo máximo, elaborar normas, puede también lo mínimo, cumplirlas o hacerlas cumplir.

De todo ello se deriva, que aunque la contratación laboral temporal puede efectuarla la Comunidad Autónoma de acuerdo con algunas de las fórmulas expuestas, con los efectos y consecuencias definidas, ésta no debe mantenerla más allá de tres años, límite no aplicable a fórmula que consideramos más idónea a usar, pero que está en el espíritu del legislador que ha regulado la contratación laboral temporal.

REGULACIÓN LEGAL DE LAS VACACIONES

VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA
ABOGADO

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.

II. LA FINALIDAD Y FUNDAMENTO DE LAS VACACIONES

- 2.1 La prohibición de su compensación en metálico.
- 2.2 Imposibilidad legal de trabajar para otra Empresa o por cuenta propia durante las vacaciones.
- 2.3 No pueden imponerse sanciones consistentes en la reducción o supresión de vacaciones.

III. LA ANUALIDAD Y VACACIONES NO DISFRUTADAS SIN CAUSA JUSTIFICADA.

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LA ANUALIDAD Y EL INICIO DE LAS VACACIONES.

V. LA INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA Y LAS VACACIONES

- 5.1 Imposibilidad de descontar la parte proporcional de las bajas anteriores al inicio de las vacaciones.
- 5.2 Suspensión de las vacaciones después de iniciadas por baja derivada de enfermedad.
- 5.3 La existencia de enfermedad al momento de iniciar el disfrute de vacaciones planificadas.

VI. LA INTERRUPCIÓN DE LAS VACACIONES Y OTROS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

- 6.1 Suspensión de mutuo acuerdo.
- 6.2 Los supuestos de excedencia y privación de libertad del trabajador.
- 6.3 Maternidad.
- 6.4 Suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias.
- 6.5 Huelga.
- 6.6 Suspensión por regulación de empleo.

VII. ESTABLECIMIENTO DE LAS FECHAS DE DISFRUTE.

VIII. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.

IX. LA DURACIÓN EFECTIVA DE LAS VACACIONES.

X. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

Ha de entenderse por Vacación anual —como señalan Alonso Olea y Emilia Casas— el disfrute de un período continuado de varios días de descanso al año.

De la Villa Gil las define como un período anual y limitado de descanso, concedido al trabajador por su Empresa, durante el cual se interrumpe la obligación de trabajo del primero, permaneciendo inalterado, pese a ello, y en lo demás, el contenido de la relación laboral.

Alonso García decía que la vacación es el derecho del trabajador, derivado de la relación que le liga con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de su trabajo, durante un número determinado de jornadas consecutivas de trabajo al año, sin dejar, por ello, de percibir la remuneración correspondiente a tales jornadas.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 38, establece la ordenación de las Vacaciones, aunque, como veremos, su regulación, en la mayoría de los casos, es insuficiente y hemos de acudir, para complementarla, a otras Normas y, especialmente, a los Convenios Colectivos.

Con independencia de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en los Convenios Colectivos, y al margen de que legalmente no es posible la contradicción con ellos, tenemos también, como marco complementario de referencia, el Convenio 132 de la O.I.T. y hasta el artículo 35 de la Ley de Contrato de Trabajo, vigente, según la Doctrina, en calidad de Norma reglamentaria en virtud de la Disposición Adicional Cuarta del Estatuto de los Trabajadores.

Además, la Constitución, en su artículo 40.2, precisa que los poderes públicos deben garantizar “las vacaciones periódicas retribuidas”.

La regulación en los Convenios Colectivos, en desarrollo del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, suele establecer, como principios innovadores, el disfrute en días laborables, con fraccionamiento sin límites siempre que sea por días completos, estableciéndose las fechas de acuerdo con las necesidades de la Empresa, si bien fijadas de común acuerdo entre el empresario y los trabajadores y la no sustitución por compensación económica.

Igualmente, en estas concreciones que establecen los Convenios, los trabajadores de nuevo ingreso disfrutarán dentro del año la parte proporcional de las vacaciones, según el número de meses trabajados durante el mismo, computándose, a estos efectos, la fracción del mes como mes completo.

Concretamente, en lo que se refiere al personal de Turno Rotativo, se fija, en síntesis, y en los Convenios, Normas especiales.

Es evidente que la extensión de los Convenios al concretar soluciones legales a muchas de las cuestiones que pudieran plantearse en la práctica, reduce la necesidad de acudir a otra normativa, con carácter complementario, para solucionar las controversias que pudieran darse en la ejecución de un Plan Anual de Vacaciones. No obstante ello, consideramos conveniente —a la vista de la experiencia de los últimos años— el redactar, tomando como referencia el Estatuto de los Trabajadores, los propios Convenios Colectivos y la Doctrina Jurisprudencial más reciente, unas notas que, como las que a continuación se relacionan, puedan servir de guía para el ejercicio de este derecho a las Vacaciones.

II. LA FINALIDAD Y FUNDAMENTO DE LAS VACACIONES

Han de considerarse las Vacaciones como tiempo dedicado, necesariamente, al descanso. La sustitución del negocio por el ocio prolongado durante un período de cierta duración tiene efectos psíquicos hoy reconocidos como sumamente saludables, especialmente cuando la facilidad de los transportes y su baratura relativa han hecho posible al mismo tiempo abandonar simultáneamente la rutina y los ambientes habituales hoy urbanos de vida y de trabajo (Alonso Olea y Casas Baamonde).

La vinculación de las vacaciones al ocio, nos dice Carlos Fernández Santacruz, tiene un fundamento constitucional. El artículo 40.2 de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos el fomento de las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

Su objeto, en definitiva, es conceder unos días de descanso al trabajador. Siendo su finalidad, por tanto, el procurar reparador descanso (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de mayo de 1983).

2.º. La prohibición de su compensación en metálico

Las Vacaciones no pueden ser objeto de compensación económica. Es práctica prohibida, consecuentemente, el no disfrutarlas, y percibir, a cambio, el doble de la retribución. El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores señala expresamente, como antes hacía el artículo 35 de la Ley de Contrato de Trabajo, que las Vacaciones no son sustituibles por compensación económica. Como vimos anteriormente los Convenios igualmente prohíben, de forma expresa, su compensación.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de mayo de 1987 —en línea con otras anteriores de 11 de febrero de 1980 y 25 de mayo de 1983— y, por supuesto, con lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores —y con base en que éstas tienen como finalidad el proporcionar un reparador descanso— ratifica la prohibición de compensación en metálico de las Vacaciones.

Sólo se admite, como excepción, el pago de Vacaciones en los supuestos en que, sin disfrutarlas, se hubiera extinguido el contrato. Es claro que, entonces, señala Diéguez Cuervo, el no disfrute no puede sancionarse a través de una condena de ejecución específica, siendo, así, inevitable la indemnización económica.

El derecho a Vacaciones se compensa en metálico cuando se produce el cese antes de completarse el año, calculándose el importe en proporción al tiempo de servicios (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de mayo de 1985).

La sentencia del mismo Tribunal de 20 de enero de 1988 admite la compensación en metálico para el trabajador que extingue su relación laboral, por jubilación, y no tiene acreditado el disfrute de las correspondientes a ese año.

Pues bien, señala Fernández Santacruz, el derecho a disfrute de las vacaciones periódicas retribuidas, es de orden público. El interés protegido desborda el ámbito privado, tiene un sentido social. Por ello, tal derecho es irrenunciable y está prohibida su compensación a metálico. Sólo el disfrute efectivo comporta el cumplimiento de las normas que lo regulan. Excepcionalmente se permite la compensación a metálico de las correspondientes al último período devengado, una vez extinguida la relación laboral, porque ya no pueden disfrutarse.

Obvio resulta que si el contrato se ha extinguido, dentro del año, sin disfrutar las Vacaciones, no cabe otra solución para compensar su no disfrute,

que la compensación en metálico, aunque sea contrariando, y como única excepción, la regla general.

2.2. Imposibilidad legal de trabajar para otra Empresa o por cuenta propia durante las vacaciones

El artículo 35 de la Ley de Contrato de Trabajo, con fundamento en que la finalidad de las Vacaciones es producir un descanso reparador para el trabajador, señalaba que si el empleado durante sus vacaciones retribuidas realiza, para sí o para otros, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, deberá reintegrar al Empresario la remuneración percibida correspondiente a las Vacaciones.

Es cierto que el Estatuto de los Trabajadores no reitera esta Norma, pero se viene entendiendo continúa siendo de aplicación lo establecido en la Ley de Contrato de Trabajo, conforme la Disposición Final Cuarta del indicado Estatuto y como Norma reglamentaria no derogada. En este sentido, las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 17 de mayo de 1982 y 20 de marzo de 1985, señalan, con fundamento en esta finalidad de descanso, y en que este período no es de suspensión, sino de interrupción de la relación laboral, que el Empresario continúa abonando el salario y manteniendo el alta en la Seguridad Social, y sostienen que, lo anterior, tiene como contrapartida la obligación del trabajador de dedicar al descanso el período de referencia, de tal forma que, si durante las Vacaciones se trabaja en otra Empresa, se pierde el derecho al salario y a la cotización a la Seguridad Social.

En realidad, la Empresa, iniciadas las Vacaciones, no ejerce vigilancia sobre las actividades que, en este período, desarrolla el trabajador, pero ello no impide que reflejemos las posibilidades legales que tiene de hacerlo.

En todo caso aclaramos que, la Jurisprudencia antes citada admite el derecho a exigir el reintegro de los salarios y de la cotización, como penalidad aplicable al que trabaja durante las Vacaciones, pero determina que, aparte de estos reintegros, al trabajador no se le puede imponer, por estos hechos, una sanción disciplinaria.

2.3. No pueden imponerse sanciones consistentes en la reducción o supresión de vacaciones

El artículo 58.3 del Estatuto de los Trabajadores y con base en que las Vacaciones tienen por objeto el descanso, prohíbe sancionar con la reducción de las Vacaciones.

Este precepto, insistimos, tiene su fundamento en el sentido marcadamente humano de la vacación, tendente a la recuperación de las energías psíquicas y físicas del trabajador.

III. LA ANUALIDAD Y VACACIONES NO DISFRUTADAS SIN CAUSA JUSTIFICADA

El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores señala que el período de Vacaciones *anuales* retribuidas, no sustituibles por compensación económica, será el pactado en Convenio Colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales.

Los Convenios Colectivos, aparte de que algunos las fijan en 25 días laborables, suelen determinar que las fechas de disfrute de Vacaciones serán fijadas de común acuerdo entre la Empresa y los trabajadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores.

En consecuencia con lo anterior, lo normal es que el trabajador disfrute anualmente sus Vacaciones, bien en período previamente establecido por él, y aceptado por la Empresa o, faltando la solicitud del interesado, y conforme al Convenio, en el tiempo indicado y, de no existir acuerdo, cuando lo fije el Juzgado de lo Social. Ahora bien, en la práctica, puede resultar que un empleado —y pese a lo anterior— no hubiera disfrutado sus Vacaciones, por inexistencia de petición o designación por la Empresa o, existentes éstos, y el correspondiente acuerdo previo al respecto, porque, llegada la fecha prevista, el trabajador decidió no disfrutarlas. Examinamos en este apartado, a los efectos de determinar la situación legal de este descanso no disfrutado, los supuestos que denominamos voluntarios; es decir, aquéllos en los que no concurren determinadas causas que, como incapacidad laboral transitoria, suspensión de contrato, huelga, reclamación pendiente ante el Juzgado de lo Social por desacuerdo en las fechas, anulación por la Empresa, etc., pudiera, como luego veremos, conceder el derecho a disfrutar posteriormente el descanso anual pendiente.

En los casos que examinamos —Vacaciones no disfrutadas por voluntad del trabajador, y por tanto, sin causa que justifique la ausencia de su disfrute— no procede legalmente la acumulación, ni, consecuentemente, el imponerle a las Empresas la reserva para descansar, por ese período, posteriormente.

Del carácter anual de las Vacaciones deriva la imposibilidad de su acumulación para otro año, cuando no hubieran podido disfrutarse.

Como se sabe —nos dice Antonio Vicente Sempere— el disfrute de la vacación ha de realizarse durante el año que se consolida el derecho. La prohibición de acumular el disfrute de las Vacaciones de una para otra anualidad encuentra su fundamento y su razón de ser en su propio concepto como período de no trabajo intercalado en el año de servicios. El descanso —vacacional— responde a una necesidad fisiológica que ha de cumplirse dentro de cada año y no en cualquier otra época (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 28 de abril de 1973 y 4 de marzo de 1980).

Las Vacaciones han de ser “anuales” y, a lo sumo, cabrá una unión de dos períodos vacacionales, disfrutando el correspondiente a la primera anualidad en su último tramo y el del próximo año coincidiendo con su inicio y pensando que será trabajado en su totalidad. Debe descartarse —añade Sempere— una eventual invocación de la referencia constitucional al carácter periódico de las Vacaciones, y no a su anualización, como apoyo para tolerar la acumulación, pues el criterio legislativo es indubitado.

Por consiguiente, “no es lícito acumular en una anualidad las Vacaciones de años anteriores”, lo cual, unido a la imposibilidad de compensarlas en metálico, trae la consecuencia de que “va caducando cada año irremisiblemente el derecho a las que no se hayan disfrutado” (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 18 de abril de 1975, 25 de mayo de 1983, 22 de enero de 1985, 10 de abril de 1986 y 18 de septiembre de 1987) ya que, de no ser así, “se llegaría al absurdo de que el trabajador que se hubiera aquietado en el no disfrute de la vacación pudiera, dentro del tiempo de prescripción, solicitar la utilización acumulada de las no aprovechadas oportunamente” (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 14 de junio de 1975 y 4 de marzo de 1980).

Concluido el año en que debieron disfrutarse, caduca el derecho a ellas, incluso en su compensación dineraria (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 10 de julio de 1985 y de la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 1991).

Marta Arroyo González nos dice que es contundente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, de 15 de marzo de 1990, en la que se establece que es doctrina jurisprudencial, reiterada, consolidada y de sobra conocida del Tribunal Central de Trabajo, hoy Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que las vacaciones son anuales y no compensables en metálico, por lo que

caduca irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado, así como que, concluido el año que debieron disfrutarse, caduca el derecho a ellas, incluso en su compensación dineraria, sin que sea admisible su acumulación a las del año siguiente.

En suma, según Sempere, aunque no de modo expreso, el ordenamiento cierra el paso a cualquier intento sobre el particular. Así se desprende también de la aplicación del criterio de intra-anualidad y de la finalidad atribuida a las Vacaciones. “No puede derivarse que, transcurrido el año a que la vacación corresponde, sin posibilidad de disfrutar ésta... haya de acumularse la vacación del año en que no se disfrutó a las correspondientes a los años sucesivos... ya que ello contradice la esencia de la vacación como período anual para el descanso y el esparcimiento”.

Javier Matía Prim señala que sin apoyo en normativa legal específica ha venido consagrándose, en nuestra Jurisprudencia, el principio absoluto de la no acumulación de los diferentes períodos de Vacaciones en momento distinto al período anual que se generan. El fundamento se encuentra en una determinada comprensión de carácter anual de las Vacaciones considerado, no sólo como módulo necesario para el cálculo del período vacacional —cada año corresponden X días de vacaciones— sino como requisito temporal necesario para el disfrute —cada año deben disfrutarse X días de vacaciones—. No obstante ello, este autor, mantiene una interpretación flexible, que no se separa de la que hemos venido indicando, ya que tampoco conduce a la aceptación de la acumulación cuando la causa de la falta de disfrute oportuno sea exclusivamente la voluntad del trabajador, pues indica, además, admitiendo que la acumulación voluntaria nunca puede imponerse, que teniendo en cuenta para ello las distintas causas que pudieran justificarla, parece razonable admitirla en los supuestos de incumplimiento empresarial, del mismo modo que en los casos de imposibilidad de disfrute por enfermedad, etc.

Fernández Santacruz, en esta línea, señala que los Tribunales se han visto obligados a acoger excepciones al principio, para poder sostenerlo. Por ejemplo, las reclamaciones de vacaciones que se formulan en el mes de diciembre (tal cual es habitual, tras agotar los cauces reivindicativos no contenciosos), se resuelven por sentencias dictadas cuando no queda tiempo material para disfrutarlas dentro del año en cuestión, señalándose para su disfrute los días correspondientes al año siguiente, en el que, por tanto, se disfrutarán dos períodos de vacaciones acumuladas.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 1990, admite al personal temporal de la Marina Mercante (Flotas de REPSOL y CEPSA), compensar sus vacaciones en metálico al término del contrato, rechazando la tesis de U.G.T. en demanda de Conflicto Colectivo, de que tenían que disfrutarlas antes.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15 de marzo de 1982, ratifica la Doctrina anteriormente reseñada; al conceder el abono en metálico de la parte proporcional de las Vacaciones del último año trabajado, al no poderse disfrutar por la extinción del contrato, pero rechaza el pago de las no disfrutadas el año anterior por cuanto éstas tienen por objeto un reparador descanso y, por tanto, no pueden traducirse en metálico. En definitiva, se consagra el principio de no acumulación y de la caducidad anual, sólo limitado, como hemos visto, en los casos en que la ausencia de disfrute obedezca a causas ajenas a la voluntad del trabajador. La Jurisprudencia, en síntesis, niega la posibilidad de compensar Vacaciones no disfrutadas, salvo la parte proporcional del último año trabajado, y que no se han podido, ni pueden, disfrutarse por la extinción de la relación laboral, lo que refuerza la tesis de la intra-anualidad aquí defendida.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de septiembre de 1987, ratifica la Doctrina sentada en otras anteriores, de 22 de enero de 1985 y 10 de abril de 1986, al señalar que las Vacaciones son anuales y no compensables a metálico, por lo que caduca irremisiblemente cada año el derecho a las que no se hayan disfrutado; y si caduca el disfrute de ese descanso al terminar el año, no hay razón para traducir a metálico un derecho que se ha extinguido.

En resumen, como conclusión, y a la vista de todo lo expuesto, que es clara la posibilidad legal de que la Empresa considere caducadas y, por tanto, no acepte la acumulación, para el futuro, de las Vacaciones voluntariamente no disfrutadas en el año, ya que es regla general el que, como este descanso es, a la vez, anual y no compensable, va caducando irremisiblemente, cada año, el derecho al que no se hubiera disfrutado.

Ahora bien, es ésta, como antes señalamos, una regla general, que admite las excepciones que las partes hubieran podido pactar y, en este sentido, conviene señalar las que, al efecto, tienen establecidas los distintos Convenios Colectivos.

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LA ANUALIDAD Y EL INICIO DE LAS VACACIONES

En la legislación vigente —e incluso en el Convenio 132 de la O.I.T.— con excepción de algún Convenio, el previo año de servicios se configura como requisito indispensable para el nacimiento del derecho. Es decir, sólo se puede iniciar el disfrute de las Vacaciones cuando se acredita un año de trabajo en la Empresa.

El derecho a las Vacaciones, señala Diéguez, va completándose “día a día” hasta cubrir la anualidad y sólo se puede ejercitar una vez transcurrido el anual trabajo efectivo, a partir de cuya fecha comienza a contar el pertinente plazo de prescripción.

La aplicación de la regla jurisprudencial a los supuestos de hecho —nos dice Alonso Olea y Casas Baamonde— debe tener en cuenta que, en general, como las Vacaciones son anuales, hasta transcurrir el año de servicios, no se completa el derecho a su disfrute y sólo, desde ese momento, y no antes, puede pedirse al Magistrado que fije fecha para los atrasados.

El derecho a Vacaciones, salvo pacto en contrario, en definitiva, sólo surge al cumplirse el año completo de servicios.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de marzo de 1985 —en línea con lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores— señala:

“Se alega por la parte actora recurrente la infracción de los artículos 38 del Estatuto de los Trabajadores, 9 del Convenio de la O.I.T. n° 132 y 59 de la Ordenanza Laboral de la Industria Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970, pretendiendo en definitiva que los trabajadores de la Empresa demandada disfruten de las Vacaciones dentro del año natural en que ingresen en la Empresa, sin que pueda prosperar el motivo, porque, de un detenido examen de los preceptos alegados y del contenido de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 de marzo de 1976, resulta, que por vacación anual, se entiende el disfrute de un período continuado de varios días de descanso “al año”, y este derecho va completándose día a día hasta cubrir dicha anualidad; y, en consecuencia, sólo se devengan al cumplirse un año completo de servicio, excepto cuando la relación laboral se extingue antes de dicho período, en cuyo supues-

to se compensa a metálico la parte proporcional que corresponda que es el sentido de los preceptos alegados en el recurso, por no ser posible en general disfrutar las Vacaciones proporcionalmente al tiempo trabajado inferior al año, ya que ello podría producir notorios trastornos en el desarrollo del trabajo en la Empresa”.

Fermín Rodríguez-Sañudo, en *ACTUALIDAD LABORAL* de julio de 1990, nos dice que, cuando la relación laboral se inicia durante el año natural, es claro que el trabajador no alcanza a realizar la prestación durante el período exigido para tener derecho a la totalidad del descanso previsto por la Ley, si se entiende, como parece lógico, que este último corresponde a un año completo de trabajo. Ahora bien, ¿se tiene derecho a la parte proporcional? Es ésta una solución equitativa y razonable, que se aplica expresamente por la norma en otras materias; por ejemplo, respecto a salario mínimo interprofesional cuando el trabajador realiza jornada inferior a la máxima legal. Los Convenios la aplican con frecuencia a vacaciones. La Jurisprudencia, por su parte, en una interpretación quizás excesivamente rígida del carácter anual de la vacación, viene negando el derecho hasta que no se cumpla el año de servicios efectivos.

Aceptada —no sin polémica, como luego seguiremos viendo— esta regla general de que las Vacaciones sólo se disfrutarán después del año de trabajo, señalemos, como excepción, lo dispuesto en los Convenios Colectivos, PETRESA, CEPESA, y en el propio artículo 4.1 del Convenio 132 de la O.I.T., que, por el contrario, establece el derecho de los trabajadores de nuevo ingreso a disfrutar dentro del año la parte proporcional de las Vacaciones, según el número de meses trabajados durante el mismo, computándose, a estos efectos, la fracción del mes como mes completo. Es ésta una Norma específica que, aparte de favorecer al trabajador por cuanto no debe esperar al año para su descanso, racionaliza el control de este descanso, al permitir operar, en todo caso, y para siempre, sobre años naturales, eludiendo, al hacerlo así, el cálculo individualizado.

Tanto Marta Arroyo como Fernández Santa Cruz resaltan la divergencia de la propia Doctrina que, en unas ocasiones, admite que hasta que transcurra el año no se pueden disfrutar las vacaciones y, en otras, explica que la expresión vacación anual hace referencia a que a un año de trabajo corresponden, como mínimo, 30 días de vacaciones, por lo que, si el período de trabajo es inferior, las vacaciones habrán de reducirse proporcionalmente si se utiliza como módulo para el cálculo del tiempo de prestación de servicios el año natural.

Controversia a nivel doctrinal existe sobre el momento en que surge el derecho a disfrutar vacaciones retribuidas o bien, al cumplirse el año completo de servicios (Alonso Olea), o dentro del año natural en que se prestan los servicios (Sempere Navarro). Es, en definitiva, añade Marta Arroyo, el tema de la posanualidad o de la intra-anualidad.

Consecuentemente con lo anterior —y como hemos visto— en algunos Convenios existen Normas específicas que flexibilizan la regla general de que las Vacaciones no se disfrutan hasta transcurrir el primer año de trabajo, lo que resulta importante, pues todos coinciden en que el controvertido tema del nacimiento del derecho al disfrute de las vacaciones sólo se solucionará por la vía de la regulación colectiva.

Como señala Sala Franco, en la 6ª Edición, de *Derecho del Trabajo*, 1991, nos dice:

“Respecto de las vacaciones de disfrute colectivo o general, en el primer año de trabajo o, mejor, cuando aún no se ha cumplido un año de trabajo efectivo en la Empresa —tanto sea el contrato temporal como indefinido— se disfrutarán, en la fecha determinada para la colectividad, el número de días en proporción al tiempo de servicio computable como efectivo. No obstante, la negociación colectiva llega al detalle de regular en estos casos de vacaciones colectivas las situaciones que se producen cuando el cierre es prácticamente total y el derecho al período vacacional es en algún caso sólo parcial. Para tales supuestos se prevén dos alternativas: a) Que trabajen los días que no les corresponda vacar en otras actividades organizativamente posibles, o b) que los días de más que disfruten se le anoten en su expediente para cuando tenga lugar la liquidación contractual por término de la relación laboral”.

V. LA INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA Y LAS VACACIONES

La relación enfermedad-vacaciones ha dado lugar a distintas situaciones, con soluciones diferenciadas, según la Jurisprudencia:

a) Cuando se trata de la producida, y extinguida, al momento de iniciar el descanso, que no permite la reducción de la parte proporcional de los días en que se hubiera permanecido de baja.

b) Cuando se produce después del inicio de las vacaciones, que no las interrumpe.

c) Al coincidir con la fecha prevista colectivamente de disfrute, que no permite un nuevo señalamiento.

Goñi Sein, en la Revista “Actualidad Laboral”, 16-22 de noviembre de 1987, nos dice:

“Una cuestión de singular relevancia en cuanto que es fuente permanente de conflictos tanto en el plano individual como en el colectivo, que merece ser tratada con detenimiento y especificidad dentro del complejo tema de la configuración jurídica de las vacaciones es la repercusión de la concurrencia de ciertas situaciones de inactividad laboral sobre el disfrute del período de vacaciones, es decir, la cuestión de si, una vez fijada la fecha de vacaciones o el calendario laboral, la incapacidad laboral que se padezca coincidiendo en **todo o en parte con el período de vacaciones, bien cuando se plantea antes** del período de vacaciones, o bien cuando sobreviene con posterioridad, da derecho o no a señalar un nuevo período de vacaciones igual al de los días no disfrutados.

La enfermedad representa un acaecimiento de imposibilidad sobrevenida que entra dentro de lo patológico de la relación de trabajo, y las vacaciones constituyen un descanso anual obligatorio, un evento no incierto, sino previsto de antemano que pertenece a la fisiología propia de la relación de trabajo. La señalada divergencia entre enfermedad y vacaciones impide situar a los dos institutos en un mismo plano, y, en consecuencia, aplicar, analógicamente, las reglas de uno a otro.

Como principal causa de la controversia suscitada en esta materia debe destacarse la falta de una previsión indubitada en nuestro ordenamiento jurídico. Bien es verdad que el artículo 40.2 de la Constitución Española reconoce a los trabajadores el derecho al descanso necesario que los poderes públicos garantizarán, pero ningún precepto de los destinados a explicitar dicho principio en el Estatuto de los Trabajadores a propósito de la regulación de las vacaciones hace la menor referencia al problema de la superposición de la situación de incapacidad laboral al período de vacaciones”.

A continuación examinaremos, por separado, estas tres distintas situaciones, a la vista de la Doctrina Jurisprudencial, aceptando, por supuesto, el aserto del Profesor Goñi, de que el Estatuto de los Trabajadores no trata esta relación incapacidad laboral transitoria - vacaciones.

5.1. Imposibilidad de descontar la parte proporcional de las bajas anteriores al inicio de las vacaciones

Esta cuestión, concretamente la posibilidad de que los días de vacación anual fueran proporcionales al tiempo efectivamente trabajado, con descuento de los días de baja por incapacidad laboral transitoria, hoy resuelta definitivamente por la Jurisprudencia, ha sido uno de los temas más debatidos en torno a la regulación de este descanso anual.

Inicialmente, y con fundamento en que la incapacidad laboral transitoria suspende el contrato de trabajo —tal como actualmente establece el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores— se consideró que el tiempo en esta situación se descontaba del de vacaciones y que, por ejemplo, quien había permanecido todo el año enfermo o accidentado perdía en su totalidad las vacaciones de ese año y que los períodos inferiores las reducían proporcionalmente. Este criterio se fundamentaba, esencialmente, en que la suspensión del contrato de trabajo —mientras dura— exonera de los derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral.

Promulgado el Estatuto de los Trabajadores, se producen, en la Doctrina y en la Jurisprudencia, nuevas vacilaciones al respecto, ya que, al no regularse en el artículo 38 de esta Norma concretamente los posibles supuestos de interrupción o suspensión de la relación de trabajo, ni integrarse los criterios a este respecto del Convenio 132 de la O.I.T. y, por el contrario, regularse la incapacidad laboral transitoria, artículo 45, como causa de suspensión del contrato, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, podía pensarse que la norma legal volvía —con la laguna creada— a la fase inicial de descuento de las vacaciones del tiempo de ausencia por incapacidad laboral transitoria. La Jurisprudencia, no obstante lo anterior, insiste posteriormente, y con rotundidad, en la aplicación del Convenio 132 de la O.I.T. y, consecuentemente, en no descontar las ausencias por incapacidad laboral transitoria. Así, Sempere Navarro nos dice: “La Jurisprudencia ha deslindado perfectamente la naturaleza tan diversa que tienen las dos instituciones sobre las que se razona, vacaciones e incapacidad transitoria, sin perjuicio de que ambas conduzcan a la no prestación de la actividad profesional. Desde la plataforma conceptual ha parecido lógico negar la posibilidad de que la producción de uno de esos dos acaecimientos debiera dejarse sentir sobre otro”. “La duración de la vacación anual no debe ser rebajada alegando que el trabajador, por causas ajenas a su voluntad, cual puede ser hallarse en situación de incapacidad laboral transitoria, no haya rendido servicios efectivos en par-

te del año al que la vacación corresponda, pues si bien dicha inactividad impide el desgaste físico en el tiempo en que tiene lugar, no permite, por obvias razones, el esparcimiento que la vacación supone”.

Marta Arroyo señala que, en general, puede afirmarse que, salvo pacto en contra, no existe limitación temporal para que la Incapacidad Laboral Transitoria, sufrida por el trabajador durante el año, actúe sobre la duración de las vacaciones y, ello, cualquiera que sea su origen. Se genera un derecho completo a vacaciones remuneradas, debido a su carácter involuntario y al hecho de que, en palabra de la jurisprudencia, aunque la inactividad impida el lógico desgaste físico en el tiempo en que tiene lugar, no permite, por obvias razones, el esparcimiento que la vacación supone.

En consecuencia, a efectos de calcular la duración de la etapa vacacional para cada trabajador, deben “tenerse como trabajados aquellos días en que el trabajador ha estado imposibilitado de prestar servicios por encontrarse de baja por enfermedad”, puesto que “la finalidad de la vacación quedaría incumplida de permitirse descontar proporcionalmente el tiempo en que cada trabajador hubiera estado de baja por incapacidad laboral transitoria”.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de abril de 1982 señala:

“Que, así las cosas, la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad laboral transitoria y la exención correspondiente de las obligaciones (trabajo y remuneración) que implica, no suponen —a la luz del artículo 45.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, que decreta esos efectos— no tiene por que distorsionar las reglas dedicadas a las vacaciones por el artículo 38 de la misma Ley de 10 de marzo de 1980, pues —aun admitiendo la tesis economicista y opuesta al principio de dignidad personal (artículo 10.1 de la Constitución) de la generación de las vacaciones proporcionalmente al tiempo trabajado sin paliativo alguno— el artículo 5.4 del Convenio nº 132 de la O.I.T. —adoptado por la Conferencia General el 24 de junio de 1970, ratificado por España el 16 de junio de 1972 e incorporado al Derecho Interno el 30 de junio de 1973— ha introducido la ficción de computar como parte del período de servicios las ausencias del trabajo que —cuales la enfermedad, la maternidad o el accidente— no dependan de la voluntad de la persona interesada”.

En análogo sentido las sentencias del mismo Tribunal Central de Trabajo de 15 de junio de 1982, 5 de marzo de 1983, 25 de febrero de 1985 y 20 de octubre de 1986.

En definitiva, y por lo anteriormente expuesto, hemos de llegar a la clara conclusión de que el tiempo de baja por incapacidad laboral transitoria no rebaja la duración de las vacaciones. Sólo se defiende la posibilidad de reducción, como excepción, en la actividad agraria, pues, fundamentándose exclusivamente la compatibilidad entre vacaciones e incapacidad laboral en el Convenio n° 132 de la O.I.T., éste excluye la actividad agrícola, aunque el Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 22 de junio de 1987, ha rechazado esta excepción por discriminatoria frente a las restantes actividades. Sin embargo, al no ser indisponibles las Normas del Convenio de la O.I.T. y, por tanto, poder superarse por negociación colectiva, cabe —sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 de febrero de 1984, 9 de abril de 1986 y 3 de abril de 1987, entre otras— la posibilidad de que un Convenio Colectivo limite o condicione este derecho de no rebajar de las vacaciones este tiempo de enfermedad.

Rodríguez-Sañudo, ACTUALIDAD LABORAL de julio de 1990, comenta negativamente, que se hubiera encontrado una solución más beneficiosa para el sector agrícola, a lo que no cabe oponer mayor objeción, pero que se opera sin apoyo normativo alguno; mientras que el sector para el que expresamente rige el Convenio 132 de la O.I.T. se ha permitido que una cláusula convenida lo derogue mediante una norma menos favorable.

Francisco Pérez de los Cobos, en ACTUALIDAD LABORAL de septiembre de 1990, hablando sobre el carácter dispositivo del Convenio 132 de la O.I.T. (a propósito de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de abril de 1987), critica, en síntesis, la decisión de esta sentencia, que considera disponible el Convenio Internacional y preferentemente aplicable el Convenio Colectivo, ya que, con esta interpretación:

a) Se niega la ejecutividad de un precepto del tratado, cuyo tenor basta para ser inmediatamente ejecutivo.

b) Se confunde de manera evidente la eventual ejecutividad mediata de algunas prescripciones del tratado con su posible positivización, es decir, se escuda en la necesidad de desarrollo ulterior del tratado para amparar “desarrollos” del Convenio que expresamente contradicen las disposiciones de aquél.

c) El Tribunal margina, ante un Conflicto de Normas, la aplicación de los principios de jerarquía normativa y norma más favorable, que deberían ser los que determinaran la Norma aplicable al caso.

Pérez de los Cobos lamenta que, no obstante sus argumentos, los Tribunales se inclinan por que debe prevalecer la Norma proveniente de la negocia-

ción colectiva sobre la del Convenio de la O.I.T., pues, añade, para terminar su exposición, que una vez más, sin embargo, la conclusión de política del derecho parece clara: las vías de flexibilización del ordenamiento jurídico-laboral debe abrirlas el legislador, a la jurisdicción laboral compete la aplicación estricta de las normas con arreglo a criterios técnico-jurídicos y no de oportunidad. El uso político del derecho en perjuicio del rigor técnico-jurídico a corto plazo puede beneficiar a algunos, a largo plazo perjudica a todos.

Ahora bien, sentados los principios anteriores de no minoración de vacaciones por ausencias derivadas de incapacidad laboral transitoria, con carácter general, y con la excepción única de cuando un Convenio dispone lo contrario, vamos a examinar, a continuación, una cuestión que surge a su alrededor y que es la siguiente: la de los límites de duración de la incapacidad laboral transitoria.

Visto que la incapacidad laboral transitoria, como regla general, insistimos, no aminora el período de vacaciones, se plantea el problema de si esta solución es indefinida o tiene un determinado límite; es decir, si la enfermedad o el accidente devenga vacaciones durante los 18 meses —período máximo previsto para la incapacidad laboral transitoria— o, por el contrario, se puede limitar, reduciéndolo, este período.

Matía Prim nos dice:

“La idea de la que parte la O.I.T. es la de que el principio general puede encontrar quiebras si una excesiva duración de la ausencia supusiera o bien una falta de necesidad del reposo vacacional o bien una carga no justificada sobre el empresario convirtiendo la solución por cualquiera de estos dos motivos en irrazonable. Cuál sea esta duración es algo que la O.I.T. no resuelve por entender sin duda que pertenece lógicamente al ámbito del derecho interno de cada país en función de las distintas condiciones existentes. En todo caso, se alude a la duración en los Convenios 54 (1936), 72 (1946) y 91 (1949) sobre vacaciones pagadas de la gente de Mar para computar —aquellas interrupciones en el servicio que no sean imputables a una falta o acto del interesado y cuyo total no exceda de seis semanas dentro de cualquier período de doce meses— o en el Convenio 101 (1952) sobre vacaciones pagadas en la Agricultura, admitiendo las interrupciones debidas, en particular a enfermedad o accidente —dentro de ciertos límites— o, por fin, en la Recomendación 47 (1936), en este caso sobre interrupciones por desempleo involuntario de carácter intermitente —si el desempleo no excede de ciertos límites—”.

La Legislación Española, artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, insistimos, no contiene ninguna regla general para determinar la duración de esta compatibilidad entre vacaciones e incapacidad laboral transitoria, por lo que, ante esta ausencia, algún Convenio Colectivo, interpretando que la falta de Norma general entraña la voluntad del legislador de dejar la regulación de la misma a la autonomía de las partes, la establece.

En consecuencia con lo anterior, ante la falta de determinación en la regla general, se estará, cuando exista pacto que regule la duración, supliendo la función que el Convenio 132 de la O.I.T. asigna a los Organismos Oficiales, y en lo que a duración de la compatibilidad se refiere, a lo que se establezca en dicho Convenio.

Por el contrario, de no existir pacto sindical que regule la duración, ha de interpretarse que, la ausencia de regulación específica y de Norma general, determina que no exista límite temporal y, por tanto, que la compatibilidad pueda durar todo el año, si la incapacidad laboral transitoria se prolonga este tiempo, aunque —como luego veremos— esta posibilidad de prolongar hasta el año queda muy limitada por la Doctrina Jurisprudencial que establece que, en los casos de vacaciones planificadas, si llegado el momento del disfrute el trabajador está en incapacidad laboral transitoria no las disfruta y pierde la posibilidad de un nuevo señalamiento, y consecuentemente, pierde las vacaciones.

En este sentido, Sempere Navarro nos dice:

“Si, acaso, parece que puede afirmarse que, salvo pacto en contra, no existe limitación temporal para que la incapacidad laboral transitoria sufrida por el trabajador a lo largo del año actúe sobre la duración del período vacacional, en base a que:

— No han sido determinadas “condiciones” que maten el principio general.

— Juega el principio “ubi lex non distinguet”.

— Existe una duda razonable sobre la solución a adoptar a partir de lo establecido por la Norma, de modo que sobre ella pueda jugar el principio “pro operario”.

— Se han desechado por el legislador propuestas dirigidas a precisar la extensión con que debe operar la asimilación de la incapacidad laboral transi-

toria al trabajo prestado'' (Se refiere a la enmienda del Grupo Andalucista que, a continuación, comentamos).

Posiblemente la anterior interpretación, conducente a que la ausencia de Norma legal al respecto determina la inexistencia de límite y, consecuentemente, a que la compatibilidad entre las vacaciones y la enfermedad dure mientras ésta exista, fue lo que motivó que en el debate del Estatuto de los Trabajadores, en las deliberaciones en el Congreso, el Grupo del P.S.A. retirara una enmienda que pretendía introducir, en el artículo 38, un párrafo en el que se establecía que para el cálculo de las vacaciones no son descontables los días dejados de trabajar por permiso, baja por accidente o enfermedad si no pasan sumados, de 60 días al año. En el caso de que rebasen dicha cifra, añadía la enmienda, se reducirá el período de vacaciones en la parte proporcional correspondiente.

Aun manteniendo, por lo anteriormente expuesto, la inexistencia de límite para estas situaciones, cuando no se establece en Norma, ni Pacto, conviene matizar que, en la práctica, se impone el plazo de hasta un año, con la excepción antes vista de las vacaciones planificadas, a los efectos de conciliar la compatibilidad estudiada —incapacidad laboral transitoria-vacaciones— con la regla de que este descanso no es compensable en metálico y que su disfrute prescribe cada año.

En los casos de prolongación de la incapacidad, supongamos una enfermedad o accidente que llegue al final posible de la incapacidad laboral transitoria; es decir, a los 18 meses, resulta que el fin de la situación, podría determinar:

a) El alta para incorporarse el trabajador al trabajo, con la posibilidad, una vez incorporado, de disfrutar las vacaciones del último año.

b) Propuesta de incapacidad permanente que, impidiendo la prestación de servicio, extingue la relación laboral, en cuyo supuesto, en la correspondiente liquidación, se compensaría en metálico sólo las vacaciones del último año trabajado y no disfrutadas.

Como vemos, en ambos supuestos, operaría, tanto para el disfrute como para la compensación, según los casos, el límite máximo de un año que antes indicamos, sin posible repercusión de la compatibilidad en períodos de tiempo superiores.

La sentencia de 25 de mayo de 1983 del Tribunal Central de Trabajo, aunque actuando sobre el artículo 35 de la Ley de Contrato de Trabajo, pero que vale para situaciones posteriores, llega a análoga conclusión al establecer que, estando acreditado en Autos que la actora causó baja por enfermedad común el 4 de junio de 1977, quedando en incapacidad laboral transitoria hasta el 29 de noviembre de 1978, en que es dada de alta médica con propuesta de invalidez permanente, resolviendo la Comisión Técnica Calificadora Provincial en 11 de junio de 1979 en el sentido de declararla afecta de invalidez permanente absoluta con efectos desde la fecha de dicha propuesta, es evidente que la actora no pudo disfrutar materialmente de las vacaciones que reclama de los años 1977 y 1978 por estar en incapacidad laboral por enfermedad común, y, además, las vacaciones según el párrafo cuarto del artículo 35 de la citada Ley de Contrato de Trabajo no son compensables en metálico y su disfrute prescribe cada año, como tiene declarado el Tribunal Central de Trabajo en sus sentencias de 6 de julio de 1976 y 15 de diciembre de 1977.

En definitiva, y resumiendo, en el caso de no existir Norma específica de Convenio para regular estas situaciones, entendemos que el límite de la compatibilidad; es decir, el tiempo máximo durante el cual, en la práctica, no se descuentan de las vacaciones los días de baja por incapacidad laboral transitoria, es, cuando no existe planificación, de 1 año. Al término de éste, deben disfrutarse las vacaciones, pues, en caso contrario, y no siendo posible la compensación económica, salvo baja en la Empresa, prescribe el derecho. Cuando existe planificación hasta el momento que, según dicha planificación, corresponda el disfrute de la misma, pues, si llegado éste, no se disfrutara, por la incapacidad, no cabe un nuevo señalamiento.

5.2. Suspensión de las vacaciones después de iniciadas por baja derivada de enfermedad

En principio, parece lógica la tendencia a equiparar esta situación con la anterior, la antes examinada referida a la no repercusión de la incapacidad laboral transitoria en los días de vacaciones y, en consecuencia, producida la enfermedad o el accidente no laboral en el transcurso del descanso anual y con posterioridad al inicio de éste, previa la presentación de la correspondiente baja, proceder a interrumpir las vacaciones, manteniendo esencialmente el criterio de que el descanso no puede disfrutarse en situación de enfermedad.

Matía Prim señala que el problema engarza directamente con la consideración de las vacaciones como descanso en su sentido más moderno, es decir,

en aquel que, superando las meras necesidades de reposo fisiológico, se dirige hacia un predominio del concepto del esparcimiento. De esta forma es claro que tal concepción requiere considerar suspendido el período vacacional en el momento en que la incapacidad se produce —al menos si posee una mínima duración— debido a que, aunque el reposo fisiológico en cuanto recuperación de energías perdidas durante el año pudiera según los casos mantenerse, queda desde luego frustrada la segunda finalidad.

La Jurisprudencia referida al tema no se ha dirigido, en cambio, en la dirección de este autor, sino en sentido contrario.

De este modo, si, en una ocasión, se reconoce la posibilidad de interrumpir las vacaciones por enfermedad conservando el derecho a recuperar con posterioridad el tiempo no disfrutado, ello es excepcionalmente al amparo de una condición más beneficiosa y a la vista de las concesiones de la Empresa en años anteriores (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de marzo de 1980), y en otra, se rechaza expresamente tal posibilidad alegando que “tener derecho a 30 días de vacaciones equivale exactamente a que la Empresa deba concedérselos al trabajador, pero no a garantizarle el disfrute y aprovechamiento pleno de las mismas, pues esto depende de circunstancias tanto objetivas como personales de cada trabajador y que lógicamente rebasan el alcance de las obligaciones empresariales” (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de abril de 1979).

Sempere Navarro señala que, cuando concurra la incapacidad del trabajador (que lo es tanto para desenvolver su actividad cuanto para gozar de su descanso) al inicio de la vacación se ha de postergar su disfrute, y cuando surja durante la misma se habrán de prorrogar o tomar en momento posterior las vacaciones no disfrutadas.

No obstante ello, el propio Sempere, comprende las dificultades que plantea la solución que defiende, cuando señala que pese a que en el orden de los principios la cuestión está del todo clara, no debe desconocerse la dificultad de aplicar esa Doctrina, ante la ausencia de una regulación generalizada y suficientemente desarrollada. A mayor abundamiento, algunas decisiones jurisprudenciales —cada vez más numerosas— se muestran contrarias a entender suspendidas las vacaciones por enfermedad sobrevenida del trabajador, pues “tener derecho a X días de vacaciones equivale exactamente a que la Empresa deba concedérselos al trabajador, pero no a garantizarle el disfrute y aprovechamiento pleno de las mismas, pues esto depende de circunstancias tanto ob-

jetivas como personales de cada trabajador, y que, lógicamente, rebasan el alcance de las obligaciones empresariales”.

Como refiere Rodríguez-Sañudo la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 22 de julio de 1983 opta por la solución negativa, al considerar que la enfermedad o accidente no son más que manifestaciones del caso fortuito que se regula en el artículo 1.103 del Código Civil; del que se deduce que todo el que sufre perjuicio por tal causa, normalmente, habrá de soportar, él solo, las consecuencias dañosas que ese evento haya producido; admitir lo contrario sería abrir un portillo al fraude laboral, con el grave riesgo de aumentar, en gran medida, el absentismo, pues se facilitaría de este modo la prolongación o el incremento inadecuado de las vacaciones anuales.

Ahora bien, pese a lo indicado inicialmente, y al hecho concreto de que la Doctrina, y por los razonamientos expuestos que hemos visto, defiende, con fundamento en que el descanso anual cumple también una finalidad de esparcimiento, la interrupción de las vacaciones cuando, una vez iniciadas, el trabajador cause baja por incapacidad laboral transitoria, resulta que, al abandonar la Jurisprudencia su posición dubitativa e inclinarse resueltamente por la posición contraria, hemos de llegar a la conclusión de que las vacaciones no se suspenden si, después de iniciadas, el trabajador cae enfermo, salvo que en el Convenio Colectivo estuviera pactada otra cosa o existiera en la Empresa una costumbre inveterada y acreditada de suspenderlas en estos casos.

Efectivamente, las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 de julio de 1983, 26 de abril de 1984, 9 de enero y 15 de abril de 1985, 4 de enero, 26 de mayo y 18 de noviembre de 1986, 13 de enero, 11 de mayo y 30 de octubre de 1987 y 19 de febrero de 1988 y las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 1989 y de la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de enero de 1991, examinan esta cuestión, para determinar que la Empresa, con carácter general, no puede fijar las vacaciones de sus obreros de modo que se sepa coincidan o van a coincidir con períodos en que éstos se encuentran en situación de incapacidad laboral transitoria, *pero si una vez iniciado con toda corrección el tiempo de disfrute de aquéllas, el trabajador sufre alguna dolencia, esto no puede suspender el cómputo del período de vacaciones, ni generar derecho alguno con respecto a nuevos días de descanso.*

Reseñamos a continuación, con mayor extensión, y como resumen, la Doctrina que sienta la sentencia de 11 de mayo de 1987:

“Si durante el disfrute de las vacaciones pasa el trabajador a situación de incapacidad laboral transitoria, debida a accidente o enfermedad, no por eso se interrumpe el descanso anual, ni una vez dado de alta el trabajador tiene derecho a disfrutar el número de días que resten de vacación más los que permaneció de baja, pues la enfermedad o el accidente causantes de aquella situación se perfilan como un acontecimiento fortuito que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.105 del Código Civil, las consecuencias que del mismo se derivan, de ordinario, han de recaer en cuanto a los daños o perjuicios, sobre quien los sufre. La situación que contempla el Convenio nº 132 de la O.I.T. es, como se dijo, bien diferente, en cuanto se refiere a la actuación del empresario que pretende imputar a las vacaciones el tiempo que el trabajador ha estado de baja por enfermedad o accidente, o cuando menos, reducir el período vacacional en proporción al tiempo de la baja anterior, siendo ilícito, en tal caso, reducir el descanso anual, pero una vez iniciada la vacación no puede exigirse al empresario que garantice al trabajador un disfrute pacífico y en aceptable estado de salud su descanso anual, así es que, si sobreviene aquel episodio fortuito no se suspende el cómputo del tiempo y causada el alta, únicamente podrán disfrutarse los días de descanso que resten del total previsto para la duración de las vacaciones, si resulta posible”.

Aunque esta Doctrina, hasta ahora irreversible del Tribunal Central de Trabajo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, ha sido objeto de crítica, antes vimos las posiciones, sosteniendo tesis contraria, de Matía Prim y Sempere Navarro y más recientemente Goñi Sein, que defienden la interrupción en base al art. 6.2 del Convenio nº 132 de la O.I.T. que obliga a no contar como parte de las vacaciones los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente, lo cierto es que, en la actualidad, impera, claramente, el criterio jurisprudencial de que si, durante las vacaciones, pasa el trabajador a Incapacidad Laboral Transitoria, *no* se interrumpe el descanso anual, ni una vez dada el alta tiene el trabajador derecho a disfrutar el número de días que le resten, lo que sólo puede ser limitado por pacto de Convenio Colectivo.

Goñi señala que las limitaciones que pueden establecerse al criterio jurisprudencial son infinitas. Así, mientras en algún país la suspensión se sujeta a una cierta duración de la enfermedad o al hecho de que ésta exija el internamiento o la hospitalización del trabajador, en España, algún Convenio Colectivo, lo condiciona al mero cumplimiento de los requisitos de presentación de los partes de alta y baja establecidos por la Seguridad Social.

5.3. La existencia de enfermedad al momento de iniciar el disfrute de vacaciones planificadas

Según la Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo que examinaremos la coincidencia de enfermedad con el momento de iniciar las vacaciones programadas, determina, con carácter general, la pérdida de las vacaciones, sin posibilidad de un nuevo señalamiento.

Claro es que esta coincidencia, y aplicándose este criterio, determina un tratamiento de la relación enfermedad-vacaciones, que no respeta el principio de que la Incapacidad Laboral Transitoria no repercute en la duración de las vacaciones, ya que consagra la posibilidad de que, por una enfermedad, no se disfruten vacaciones. Es más, da soluciones distintas y, por tanto, discriminatorias, para un mismo supuesto de enfermedad, y en función del momento que se produce.

Así, un trabajador que en el Plan General tiene previstas sus vacaciones para el mes de agosto, si causa baja por enfermedad, por ejemplo, en mayo y alta en julio, disfruta su descanso anual en agosto, sin que la Incapacidad Laboral Transitoria repercuta en el mismo. Por el contrario, si la enfermedad se produce en julio y causa alta en septiembre, perdería sus vacaciones.

En definitiva, pese a las argumentaciones y reparos anteriores, que, en base a la Doctrina Jurisprudencial que explicitaremos, el hecho de que el trabajador se encuentre en Incapacidad Laboral Transitoria en la fecha prevista para iniciar las vacaciones, según la planificación establecida por el Comité de Empresa, e incluso durante el tiempo estipulado, impide que se establezca otra fecha para su disfrute, lo que, en la práctica, entraña la pérdida del descanso anual, sin compensación, ni acumulación.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de mayo de 1985 y 7 de febrero y 14 de septiembre de 1987 y 19 de febrero de 1988, nos dicen:

“Resulta acreditado que en el caso presente efectivamente existió dicho pacto y que las demandantes en el período convenido para el disfrute de las vacaciones estaban de baja por Incapacidad Laboral Transitoria, imposibilitadas del disfrute de las mismas, careciendo del derecho a un disfrute individualizado de las mismas, sin que a ello se oponga el contenido del artículo 6.2 del Convenio nº 132 de la O.I.T., ratificado por España, pues del mismo resulta que aquellos trabajadores que hubiesen estado afectos de la referida in-

capacidad en los meses anteriores al fijado puede disfrutar del período completo, si bien, como ha declarado el Tribunal Central de Trabajo, en su sentencia de 31 de agosto de 1982, por el contrario, la superposición de aquella situación —incapacidad laboral— con la época fijada para las vacaciones, no autoriza a un nuevo señalamiento de carácter individual que iría en contra del pacto general establecido colectivamente”.

Las sentencias del mismo Tribunal Central de Trabajo de 26 de abril, 16 de julio y 22 de noviembre de 1984, 13 de diciembre de 1985, 13 de enero, 4 de febrero, 27 de marzo y 2 de julio de 1987, señalan, en síntesis, lo siguiente:

“Los trabajadores tienen derecho al descanso necesario, tal y como se desprende de los artículo 40.2 de la Constitución Española y 38.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, cabiendo la posibilidad de fijar colectiva y obligatoriamente el período anual de disfrute de acuerdo entre la Empresa y los trabajadores, con las consecuencias obligacionales a que se refiere el artículo 1.091 del Código Civil, lo que implica que, fijados previamente los períodos de disfrute, no es legítimo un nuevo señalamiento individual para personas determinadas que por causa de enfermedad, accidente o maternidad sobrevenida no puedan disfrutar el general, ya que dichas circunstancias no son más que manifestaciones de caso fortuito, que se regula en el artículo 1.105 del Código Civil, del que se deduce que todo el que sufra perjuicio por tal causa, normalmente, habrá de soportar él solo las consecuencias dañosas que este evento haya podido producir, sin que pueda pretenderse que recaigan sobre el empresario los efectos negativos de la imposibilidad del disfrute de la vacación, de modo que éste viniese obligado no sólo a reconocer un período de disfrute determinado, sino también a garantizarlo con buena salud, cuestión que rebasa el ámbito y alcance propios de las obligaciones empresariales”.

La sentencia de 22 de enero de 1991 de la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nos dice:

“Es doctrina judicial constante y reiterada, plasmada entre otras en sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 30 de octubre de 1987 y 19 de julio de 1988, que la coincidencia de la situación de Incapacidad Laboral Transitoria por accidente o enfermedad con el tiempo de vacaciones anuales preestablecido no atribuye al trabajador derecho a un nuevo señalamiento, pues la superposición cronológica de estas situaciones con el período vacacional constituye una manifestación del caso fortuito regulado en el artículo 1.105 del Código Civil, cuyas consecuencias habrán de recaer sobre quien la recibe fortuitamente que, en estos supuestos, es el trabajador”.

La tajante decisión de supresión de las vacaciones en estos casos de incapacidad laboral transitoria al momento del disfrute de las vacaciones planificadas, que se impone con carácter general, puede ser atenuada por fórmulas pactadas en los Convenios Colectivos.

VI. LA INTERRUPCIÓN DE LAS VACACIONES Y OTROS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Es evidente que la relación incapacidad laboral transitoria, como causa de suspensión de contrato, y las vacaciones, y sus posibilidades de interrupción, cuestión examinada ampliamente en el apartado anterior, constituye, sin duda alguna, una de las que, más frecuentemente, se debaten.

Ahora bien, no obstante lo anterior, parece oportuno el que, aunque brevemente, veamos, como haremos a continuación, la incidencia, en el descanso anual, de otros posibles supuestos de suspensiones de la relación laboral de los previstos en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

6.1. Suspensión de mutuo acuerdo. Se estará a lo convenido entre las partes y, en ausencia de pacto, se entenderá que este período no computa a efectos de vacaciones.

6.2 Los supuestos de excedencia y privación de libertad del trabajador. Estos últimos mientras no exista condena, no computan a estos efectos; es decir, el tiempo no trabajado en la Empresa por estas causas no se considera para el cómputo de vacaciones.

6.3 Maternidad. Tiene idéntico tratamiento al examinado anteriormente para la incapacidad laboral transitoria.

6.4 Suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias. El tiempo no trabajado por esta razón, no se considera como trabajo efectivo para el cálculo proporcional de la duración de las vacaciones.

6.5. Huelga. El período de huelga legal no tiene virtualidad para reducir las vacaciones en proporción a los días que se extiende, pues tal medida entrañaría una sanción contra el ejercicio legítimo del derecho a la misma (sen-

tencias del Tribunal Central de Trabajo de 14 de mayo, 8 de julio, 15 de octubre y 11 de noviembre de 1980, 22 de enero y 15 de febrero de 1982, 19 de enero de 1983, 25 de febrero y 25 de mayo de 1985, 1 de abril de 1986, 29 de mayo de 1987, 29 de febrero, 21 de julio y 22 de septiembre de 1988).

La sentencia de 4 de octubre de 1990 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nos dice, que la huelga legal no puede incidir en la retribución de las vacaciones anuales ni en su duración.

La solución, como nos dice Marta Arroyo, es contraria si la huelga es ilegal; es decir, minora la vacación, no se sanciona al trabajador reduciéndole la misma, sino que no se produce la consolidación. En general, la falta de prestación no genera un paralelo derecho a vacación, cuando la inactividad que la fundamenta proceda de la libre voluntad del trabajador.

Sempere Navarro, en el texto presentado a las XIV Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, mayo de 1991, trata del derecho a la huelga y derecho al descanso, llegando, en síntesis, a la conclusión, a la postre, que el principio general no es otro que el de que la huelga legal no puede derivar ni una disminución del tiempo de vacaciones ni los devengos que correspondan a la misma, toda vez que aquella no debe incidir negativamente en el derecho al descanso anual directa o indirectamente.

Por el contrario, dice Sempere Navarro, la huelga desarrollada fuera del marco normativo —la ilegal— ya no nos sitúa ante el ejercicio de un derecho, técnicamente nos encontramos ante ausencia injustificada que, en su caso, podrá incluso dar lugar a sanciones disciplinarias si se cumplen determinados requisitos. Ello no obstante, como la reducción de vacaciones es un tipo de sanción excluido de nuestro ordenamiento (artículo 58.3 del Estatuto de los Trabajadores), lo que puede suceder —como efectivamente acaece— es que durante el período de ausencia, por tal motivo, no se devengue el derecho a descanso por vacaciones, cuya integridad resulta así afectada.

El modo más claro de hacer incidir la inactividad por huelga ilegal sobre las vacaciones consiste en reducir proporcionalmente su duración y la correspondiente retribución. Ahora bien, se acepta como alternativa, en caso de dificultades en la organización del trabajo, el no acortar la duración prevista, sino tan sólo minorar la retribución a percibir, de manera de que nos encontraríamos con días de inactividad no retribuida, aunque, para esta hipótesis, disfrute de iguales días de vacaciones, pero sin cobrar la parte proporcional

correspondiente a la huelga, la doctrina considera que se trata de un supuesto de no dar ocupación efectiva y precisa de comunicación, en tiempo y forma, al trabajador, de dicha circunstancia para que éste pueda accionar contra ella.

6.6. Suspensión por regulación de empleo. El tiempo de suspensión de contrato, por autorización administrativa en expediente de regulación de empleo, en el que el trabajador, sin trabajar, percibe prestaciones sustitutorias del salario, no se considera como de servicio a efectos de vacaciones.

El Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 30 de junio de 1986 —reiterando doctrinas de otras anteriores de 3 de noviembre y 6 de diciembre de 1983, 3 y 9 de mayo de 1984, 18 de marzo de 1985 y dos de 13 de enero de 1986— determina que, de las vacaciones, se descuenta el tiempo transcurrido en situación de regulación de empleo, ya que, a este tiempo, no se le puede dar el mismo tratamiento excepcional que a las ausencias por enfermedad, accidente o maternidad y que están fundamentadas, contrariamente a lo que ocurre con la regulación de empleo, en impedimentos físicos que originan interrupciones de trabajos involuntarios e intermitentes.

Rodríguez-Sañudo señala que la Jurisprudencia ha venido manteniendo posturas contradictorias, pero que, a partir de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de noviembre de 1983, es la doctrina negativa —la antes expuesta— la que está consolidada y aplica hasta el momento. Se dice que, como el fin esencial de las vacaciones, su razón de ser, no es otro que otorgar al trabajador un período de descanso, que le sirva de compensación y reparación del desgaste y esfuerzo físico que le causa la realización de la actividad durante el resto del año, las vacaciones anuales se establecen en función del trabajo efectivamente realizado, por lo que si éste no tuvo lugar en todo o en parte del año, no nace el derecho a disfrutar, o disminuye su duración en la proporción correspondiente, sin que se aprecie, en estos supuestos de regulación de empleo —contrariamente a lo que sucede con la enfermedad y el accidente— ninguna razón que pueda justificar su inclusión entre las excepciones de la regla general.

Por contraste, en los casos de reducción de jornada determinada en expediente de regulación de empleo, donde el trabajador — pese a la reducción— mantiene el deber de asistir al trabajo, generándose situación parangonable con la que es propia del trabajo a tiempo parcial, siendo ello así —añade Rodríguez-Sañudo— debe concluirse que, al mantenerse viva la relación laboral durante todo el año a que las vacaciones afecta, no existe razón que justifique la apli-

cación del principio de proporcionalidad, con efectos discriminatorios de la duración de aquéllas (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 4 de febrero de 1987).

Por supuesto, cuando el expediente de regulación de empleo, lo que determina, en lugar de la suspensión o la reducción de jornada, es la extinción de la relación laboral, el derecho del trabajador es que se le compense en metálico la parte proporcional del último año trabajado, de no haberlas disfrutado.

VII. ESTABLECIMIENTO DE LAS FECHAS DE DISFRUTE

El artículo 38, nº 2, del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la fijación del período de disfrute, establece que se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, que también podrán convenir en la división en dos del período total. Añadiendo, a continuación, que, a falta de acuerdo, se estará a lo dispuesto en los Convenios Colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, respetando, en cualquier caso, los criterios siguientes:

a) El empresario podrá excluir como período vacacional aquel que coincida con la mayor actividad productiva estacional de la Empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores.

b) Por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores se podrán fijar los períodos de vacaciones de todo el personal, ya sea en turnos organizados sucesivamente, ya sea con la suspensión total de actividades laborales, sin más excepciones que las tareas de conservación, reparación y similares.

c) Cuando exista un régimen de turnos de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares.

d) Si existiese desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

Es evidente que la fórmula del Estatuto es confusa, ya que, parece, que lo que se consagra es la fijación por común acuerdo entre el empresario y el trabajador y, sólo a falta de este acuerdo, se estará a lo dispuesto en los Convenios Colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, cuando resulta,

por el contrario, que las Empresas y los trabajadores determinan sus acuerdos dentro de la planificación establecida en el Convenio Colectivo y que, luego, plasman en el calendario anual de vacaciones.

Matía Prim, aunque reconoce la complejidad de la Norma, llega a la conclusión de que la misma, como viene sucediendo en la práctica, permite entender que, en la fijación de vacaciones prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se favorece a un procedimiento colectivo, frente a la determinación individual, señalando el apartado 2 del artículo 38 del referido Estatuto, complejo en su estructura, los distintos procedimientos de determinación en una ordenación poco rigurosa, pero que no esconde una cierta jerarquía o, si se quiere, gradación entre ellos.

La determinación de esta gradación se hace difícil por la relación que se establece entre los distintos procedimientos. Así, a tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2, el período de disfrute se fija de común acuerdo entre el empresario y el trabajador y a falta de acuerdo se estará a lo dispuesto en los Convenios Colectivos respetándose en cualquier caso unos determinados criterios, entre los que se encuentra la posibilidad para el empresario y los representantes de los trabajadores de fijar de mutuo acuerdo el período de vacaciones para todo el personal.

Pues bien, si los criterios a que se refiere el precepto —entre ellos la determinación por acuerdo interno de empresa— han de respetarse “en cualquier caso”, es decir, y según interpretación mayoritaria, tanto en supuesto de fijación mediante acuerdo individual como mediante convenio colectivo, ello quiere decir que la Ley establece una reserva de prioridad en favor del acuerdo interno. Nada, por supuesto, que alegar en contra de esta solución que parece hoy la más adecuada —a reserva de su inhabilidad para atender a los intereses generales implicados— al menos desde el punto de vista de los intereses y conveniencias internos a la Empresa. Nada tampoco que oponer al hecho de que, señalándose en el párrafo 1 de este apartado que el período de disfrute se fijará de común acuerdo entre trabajador y empresario, tal procedimiento resulte posteriormente subordinado al acuerdo colectivo interno, salvo la consideración del carácter asistemático del texto.

Parece claro que la voluntad de la Ley opta por el predominio del acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores y, subsidiariamente, por el acuerdo individual. Sólo cuando ambos no existan es cuando se impondrán los procedimientos o reglas concretas contenidos en el Conve-

nio. El esquema resultante resulta entonces plenamente coherente con la indudable intención del Estatuto de adaptar el funcionamiento de las instituciones —en éste y en otros muchos temas— a la realidad productiva de la Empresa.

Según precisa doctrina jurisprudencial (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 18 de abril de 1986) ... “si un elevado número de trabajadores, a iniciativa de la Empresa, ya tiene señalada la fecha de sus vacaciones de mutuo acuerdo con ésta, estas decisiones individuales no pueden verse afectadas por la instancia de la representación unitaria del conjunto, cuya pretensión de nulidad del cuadro excede con mucho de las facultades que tienen conferidas dichos órganos por el artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores, en que las funciones de los aludidos órganos de representación están referidas al establecimiento de fechas colectivas y generales bien de disfrute o bien de exclusión de las vacaciones, pero sin ninguna intervención en la fijación individualizada de fechas concretas, lo que corresponde a la libre voluntad de los directa y personalmente interesados”.

Con esta gradación, pues, la determinación del momento de disfrute corresponde bien al acuerdo interno de empresa, al pacto individual o al Convenio Colectivo aplicable.

El Convenio suele limitar su actuación al establecimiento de algunas reglas generales que encuadren la intervención de los interesados. En todo caso, una planificación general de las vacaciones que tenga en cuenta el conjunto de intereses implicados debe necesariamente potenciar este procedimiento, probablemente a través de un escalonamiento que iniciándose en acuerdos tripartitos —Administración, patronal y sindicatos— en el ámbito territorial al que se refiera, atravesase por la negociación colectiva sectorial y termine desembocando en el acuerdo interno o el pacto individual.

Si no existe acuerdo individual habrá de estarse a lo dispuesto en el Convenio, pero en aquellos supuestos —sin duda mayoritarios— en que éste se limita al establecimiento de unos criterios o reglas generales necesitados de concreción, el conflicto individual sobre ella deberá resolverse por la jurisdicción laboral.

Llegado a este punto, concretándose la competencia de los Juzgados de lo Social para resolver los conflictos surgidos respecto a la disconformidad en la fijación de fecha para el disfrute de las vacaciones, la Jurisprudencia, sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 13 de octubre de 1981 y 26 de octubre de 1987, distinguía dos procedimientos distintos:

a) El artículo 116 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral, que termina, sin recurso, con sentencia del Magistrado y para los casos que la cuestión planteada se refiera a desacuerdo entre Empresa y algunos de sus trabajadores, con pretensiones individuales para fijar nuevas fechas.

b) Impugnación del Plan General de Vacaciones, en el que procedería el procedimiento de Conflicto Colectivo, con posible utilización del Recurso Especial de Suplicación previsto en el mismo, lo que no cabe cuando se trata de impugnar las fechas para el disfrute, que ha de hacerse en procedimiento sumario y preferente y con decisión irrecurrible (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 1 de junio de 1991).

El nuevo Texto Refundido de Procedimiento Laboral de 1990, en su artículo 125 y siguientes establece un proceso sumario y preferente de reclamación individual o plural para los supuestos de desacuerdo sobre vacaciones y se sigue respetando la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, que considera válido el planteamiento vía conflicto colectivo, cuando la reclamación afecta a toda la plantilla o a un sector de la misma, pues, como nos dice Alonso Olea, la utilización en el precepto del término plural no implica el de colectivo.

En síntesis, y resumiendo, señalemos, como norma general, que lo planificado anualmente por Convenio Colectivo en esta materia es indisponible para las partes, debiéndose respetar, en todo caso, como criterios necesarios de esta planificación, los puntos antes reseñados, y establecidos en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a cierre total o turnos, preferencias familiares y exclusión del período de mayor actividad productiva.

La regulación de algún Convenio consagra el principio del fraccionamiento ilimitado, lo que, aparte de entrañar ventajas para el personal al computarse sólo los días laborales, es conforme a Derecho.

Efectivamente, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores admite la posibilidad legal de fraccionar las vacaciones en dos períodos y la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de octubre de 1981 admite la validez de un pacto ampliándola. Alonso Olea y Casas Baamonde señalan que los días de vacación anual mínima pueden ser fraccionados —en dos períodos, artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores, y no se ve por qué no en más de dos— con lo que la Norma no debe interpretarse rígidamente (así, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de octubre de 1981 no duda de la validez de un pacto colectivo de este tenor).

Alonso Olea y Barreiro González, tercera edición del *Estatuto de los Trabajadores*, 1991, nos dicen que la posibilidad de dividir el período en dos partes procede del Convenio 132 de la O.I.T.; por cierto, añaden, que éste dice que, en tal caso, a uno de los dos períodos debe corresponder, al menos, 14 días naturales ininterrumpidos. No obstante la literalidad del precepto, no parece haber obstáculos para que el período pueda ser fraccionado en más de dos partes, siempre que una sea de 14 días como mínimo, salvo que el Convenio Colectivo disponga otra cosa.

Se hace necesario, pues, como señala García Gambau, una visión más moderna del tema, por cuanto, el incremento de días de vacaciones facilita su fraccionamiento, sin merma del cumplimiento de su finalidad, la mayor disponibilidad de tiempo libre a lo largo del año, puede que dejen de exigir un período vacacional de una cierta larga duración o, por el contrario, requieran de ciertos períodos de descanso intermitente (aparte del semanal). La actual organización de la vida privada lleva a desear disponer, de cuando en cuando, de un determinado número de días libres, que conducen a un mayor bienestar. No se entiende, pues, el empeñamiento del Estatuto en limitar a dos períodos las vacaciones.

Por otra parte, no se pueden fijar criterios de preferencia —antigüedad, edad y mayoría— en contradicción con el previsto en el apartado c) del nº 2 del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que, cuando exista un régimen de turno de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares.

La prevalencia del criterio del Estatuto de los Trabajadores, frente a otras Normas, es clara.

Establecidas las preferencias familiares en el Estatuto de los Trabajadores, no se puede otorgar la misma a la antigüedad real, aunque rigiera antiguamente (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de junio de 1983).

Alonso Olea y Casas Baamonde, con cita en la sentencia de 23 de julio de 1985, sostienen la constitucionalidad, por no ser discriminatoria, del criterio del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, esta sentencia señala:

“Se denuncia infracción del artículo 14 de la Constitución Española, en relación con el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores, alegación que no puede prosperar porque el artículo 38,2 c) del Estatuto de referencia no viola

el principio de igualdad que la Constitución establece, al tratar de modo desigual a situaciones razonablemente desiguales, cuando da preferencia a los trabajadores con responsabilidades familiares y a fin de que sus vacaciones puedan coincidir con las escolares de sus hijos, ya que el motivo de la desigualdad y que la hace justificada, tiene su base también en lo que el artículo 39 de la Constitución, en especial sus números 3 y 4, establece en orden a la obligación de asistencia paterna, de todo orden, a los menores de edad y del derecho de éstos a la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por ellos”.

Es una regla sencilla y abierta, nos dicen Alonso Olea y Barreiro González, que no precisa comentarios especiales, salvo que no puede ser contradicha por Convenio ni pacto y de que la preferencia familiar parece deba jugar dentro del Grupo o categoría profesional, así como sólo hasta enseñanza superior. Una regla ésta, añaden, de trato desigual a los desiguales y, por tanto, no discriminatoria. Aparte de pulcra y bien pensada.

No se trata de una violación del principio de igualdad constitucional, pues se trata desigualmente situaciones desiguales, y en este caso el motivo de la desigualdad se encuentra en las previsiones también constitucionales del artículo 39 de la Constitución Española donde se recoge “la obligación de asistencia paterna, de todo orden, a los menores de edad y del derecho de éstos a la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por ellos” (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 23 de julio de 1985).

VIII. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES

En su comentario a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de diciembre de 1985, nos dice Isabel Delgado Ucelay que, en la actualidad, no existe disposición general que regule el régimen retributivo del período de vacaciones. El Estatuto de los Trabajadores sienta las bases mínimas para la ordenación del tema, pero se hace insuficiente su regulación para responder a los posibles problemas que se planteen; por lo que habría de acudir, de forma complementaria, a otras Normas, ya sean sectoriales o convencionales.

La doctrina se ha cuestionado en diversas ocasiones la naturaleza jurídica y el fundamento de la prestación retributiva debida por el empresario, barajándose tesis asistenciales, tesis premiales, manifestación del deber de protección de la salud del trabajador, teoría del trabajo ya prestado, etc., ga-

nando carta de naturaleza la tesis que sustenta que durante el descanso cabe seguir hablando de efectiva prestación del trabajador (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1966). En esta línea, el Decreto ordenador del salario de 17 de agosto de 1973, en su artículo 2º, considera salario tanto la retribución del trabajo efectivo como la de los períodos de descanso computables como de trabajo. De hecho, además, el trabajador en vacaciones sigue vinculado a su empresario desde los ángulos individual, colectivo y de Seguridad Social, sin que se suspenda la obligación de seguir cotizando por él al sistema de la Seguridad Social (De la Villa).

Para la determinación de los salarios de vacaciones —señala Alonso Olea— hay que estar a las normas sectoriales, que, por lo general, prevén que los días de vacación se abonen por el promedio de lo obtenido durante un período anterior a su disfrute, incluyendo no sólo los salarios a tiempo, sino, en su caso, el promedio de incentivo o prima (por ejemplo, “los días de vacaciones serán retribuidos conforme al promedio obtenido por el trabajador en los 3 últimos meses trabajados”; Ordenanza Siderometalúrgica). No así las horas extraordinarias, aunque se realicen continuamente (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 y 25 de mayo de 1985 y 16 de enero de 1987). En efecto de norma sectorial, la Jurisprudencia tiene dicho que la remuneración ha de ser la normal o media que devenguen en la época de actividad, computando la totalidad de que habla el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Es decir, y resumiendo, que ante la falta de Norma concreta en el Estatuto de los Trabajadores, se estará —sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 20 de diciembre de 1985 y 31 de octubre de 1986— a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la actividad o, en su defecto, en la Ordenanza del Sector y, de no existir Norma aplicable, se estará, como señala Isabel Delgado, a la línea jurisprudencial habitualmente seguida, consistente en la aceptación del Convenio Colectivo como fuente en cuanto a la determinación de la cuantía de la retribución, y, en defecto de aquél, acudir al Convenio n.º 132 de la O.I.T., que señala la obligación de conceder la retribución normal o media que se devengue en época de actividad (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de julio de 1978, 31 de enero de 1980 y 27 de septiembre de 1982).

En definitiva, y como reiteradamente han interpretado los Tribunales, la retribución de vacaciones debe comprender todos los emolumentos que en jornada ordinaria perciba el trabajador, lo que significa que se deben incluir todas las percepciones salariales, aunque no tengan un devengo fijo y conti-

nuado y que sólo se excluyan, aparte de las compensaciones extrasalariales, lo percibido de manera excepcional, como son las horas extraordinarias, pues el principio rector de esta cuestión indica que, en vacaciones, no debe disminuir la retribución que el trabajador habitualmente perciba (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de junio de 1984), salvo que en Convenio se excluya expresamente algún concepto (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 16 de mayo de 1989).

Esta línea jurisprudencial se concreta en la sentencia de 4 de marzo de 1987 del mismo Tribunal cuando señala:

“La directa y adecuada proyección del principio informador en esta rama social del derecho de que el ejercicio/disfrute del derecho laboral básico, genéricamente inmerso en la referencia del artículo 4.2 h) y su posterior tipificación en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores sobre “vacaciones anuales”, que consagra la ajustada ecuación o equivalencia entre la retribución asignada o percibida en período de actividad laboral que ha de coincidir o respetarse durante dicho período vacacional —con lo que reaparece su filosofía satisfactoria o pura ontología explicativa, en la idea de que así efectiva y realmente el trabajador disfruta de dicho descanso sin merma o detracción alguna a causa de su inconcusa legítima inactividad— y que como tal está recogido en la haz normativa de contundente reiteración, que partiendo del texto del Convenio nº 132 de la O.I.T. sobre vacaciones anuales pagadas, según su artículo 7.1 que dice así: “Toda persona que toma vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, percibirá por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media”, luego, tras su consagración en el artículo 40.2 de la Constitución Española (garantía de las vacaciones periódicas retribuidas) reconocido en el artículo citado del Estatuto de los Trabajadores al especificarse que el período de vacaciones anuales retribuidas no será sustituible por compensación económica, e incluso, en el sector en el que se ubica el litigio, tal y como lo expresa el artículo 70.2 de la Orden de 29 de julio de 1970 (que expresa los días de vacaciones serán retribuidos conforme al promedio obtenido por el trabajador, salarios, primas, antigüedad, tóxicos, penosos o peligrosos, en los tres últimos meses trabajados con anterioridad a la fecha de iniciación de las mismas), son argumentos de sobra existentes para confirmar la sentencia estimatoria de la pretensión de Comité de Empresa”.

Aparte de la de 12 de noviembre de 1987, que computa las comisiones por ventas en los grandes almacenes, en términos parecidos, pero para activi-

dad que carece de Norma sectorial aplicable, se expresa la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de noviembre de 1987 —que, además, concreta, una vez más, que se computan todos los conceptos salariales, con excepción únicamente de los extraordinarios— al señalar:

“A falta de pacto expreso entre las partes acerca del importe con que han de ser compensadas las vacaciones anuales, y ausencia total de reglas al respecto en el Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón para 1987, en cuyo artículo 9.5 trata de las vacaciones, pero no de su remuneración, lo que ocurre también en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, habrá de estarse a cuanto dispone el artículo 7 del Convenio nº 132 de la O.I.T., ratificado por España el 16 de febrero de 1972, y publicado en el B.O.E. de 5 de julio de 1974, que garantiza a toda persona que tome vacaciones de conformidad con el propio Convenio a percibir, por el período entero de su disfrute, por lo menos su remuneración normal o media, incluida la parte abonada en especie; esa regla ha sido interpretada por el Tribunal Central de Trabajo en repetidas ocasiones, como ponen de manifiesto las sentencias de 13 de julio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 29 de enero de 1986, 16 de enero de 1987 y 2 de noviembre de 1988 y de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de octubre de 1990, de Madrid de 2 de octubre de 1990 y 20 de febrero de 1991, de Aragón de 17 de abril de 1991, de Galicia de 11 de abril de 1991 y de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989 y 30 de noviembre de 1990, en el sentido de que todos los conceptos salariales han de ser computados para satisfacer las vacaciones, con la sola excepción de aquéllos de carácter extraordinario, establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el caso del exceso de jornada que únicamente se satisface cuando realmente se trabaja, por lo que no vienen a constituir una retribución normal y su pago no puede repercutir en la remuneración de las vacaciones; en consecuencia, salvo el denominado plus de horas extraordinarias, los restantes componentes del salario, en su promedio, han de ser computados a tal efecto, y también las primas o incentivos que, como complemento por calidad o cantidad de trabajo, constituye una parte del salario, según dicción expresa del artículo 5 c) del Decreto de 17 de agosto de 1973, y en atención a la definición genérica que del salario ofrece el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores”.

En definitiva, han de percibirse las mismas retribuciones que se percibirían de permanecer en servicio activo y, así, se consideran computables, entre otras, el Plus de Productividad (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de

1 de marzo de 1984); Incentivo y Calidad (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 31 de octubre de 1986); Comisiones (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 29 de febrero de 1984 y 2 de noviembre de 1989 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de febrero de 1991); Nocturnidad (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 12 de abril de 1984, 29 de septiembre de 1988 y 10 de noviembre de 1989, de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 1990, Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 1989 y Tribunal Superior de Justicia de Canarias —Sala de Tenerife— de 3 de enero de 1991); Nocturnidad y Toxicidad (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 10 de noviembre de 1988 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 1991); Turnicidad (sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de febrero de 1989, Audiencia Nacional de 30 de enero de 1990 y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias —Sala de Tenerife— de 3 de enero de 1991); Penosidad de RENFE (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 1991).

La sentencia del 7 de octubre de 1991 señala que el concepto Plus de mayor dedicación de RENFE no se incluye en el cómputo promedial de los pluses a percibir en el período de vacaciones, por tener carácter extraordinario al derivarse de una compensación al exceso o prolongación de jornada ordinaria, que únicamente se remunera cuando se lleva a efecto tal prolongación excepcional.

Muchos Convenios Colectivos, al igual que el Estatuto de los Trabajadores, no establecen reglas para determinar el salario a percibir durante las vacaciones, si bien, en la práctica, y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales antes examinados, la retribución, durante este descanso anual, es la equivalente a la normal o media que se devenga en época de actividad, con inclusión, por tanto, de los complementos salariales fijos.

Consecuentemente, durante las vacaciones se abonan los conceptos siguientes: Salario Base, Plus de Peligrosidad, Premio de Antigüedad, Plus de Turno, Plus de Nocturnidad, Plus de Disponibilidad, Plus Convenio, Plus de Productividad, Suplemento diferencia de categoría Fijo, Incentivos y Comisiones.

Los conceptos de vencimiento superior al mes, como Gratificaciones Extraordinarias, Suplemento Fijo, Participación en Beneficios, también computables, se liquidan, al margen de las vacaciones, en el mes que corresponden.

Los conceptos de Plus de Festividad y Horas Extraordinarias, que responden a actividad excepcional o extraordinaria, al igual que aquellos que ten-

gan carácter de indemnización o suplidos, no se abonan, conforme concreta la sentencia de 18 de junio de 1990 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

IX. LA DURACIÓN EFECTIVA DE LAS VACACIONES

Cuando el descanso anual se fija en días naturales, éstas, como mínimo, y conforme al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, tienen una duración de 30 días, lo que, en la práctica, quiere decir que se está ausente del trabajo estos 30 días y que, dentro de los mismos, y sin producir descuentos, se incluyen los domingos y festivos que coinciden dentro de este período.

Por el contrario, cuando éstas se establecen en días hábiles, en número que garantizan el mínimo de días naturales de 30 que establece el Estatuto de los Trabajadores, quiere decir que, del total de días de ausencias por este motivo, no se computan los domingos y festivos que coincidan en este período.

El Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 16 de marzo de 1988, decide que, cuando las vacaciones vienen fijadas por días naturales, y exceden de los mínimos legales, comprenden domingos y festivos.

Rodríguez Sañudo nos dice que: “El artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores establece como duración mínima del período de descanso la de “treinta días naturales”, lo que, en principio, elimina toda cuestión que pudiera plantearse por la coincidencia de tales días con los no laborables, sean domingos, fiestas u otros semejantes, al comprenderse en aquel calificativo tanto éstos como los laborables. Otra cosa sucede en la regulación de los Convenios Colectivos, en los que no resulta difícil encontrar períodos vacacionales referidos a días laborables, lo que, en la práctica, puede suponer la efectiva prolongación del descanso establecido en algunas jornadas más”. Así, por ejemplo: ATESA, KARHU-TITAN, S.A., JUAN Y TEODORO KUNTZ, S.A., LAC-TATARIA ESPAÑOLA, S.A., PHILIPS INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES, S.A., CETESA y CEPESA.

Para el Tribunal Central de Trabajo, sentencia de 5 de abril de 1984, “en el sistema de cómputo establecido para las vacaciones —el de días naturales— la superposición de más de dos días de descanso establecidos o generados por motivos diferentes, no da lugar a su acumulación o desplazamiento a otras fechas distintas, salvo que expresamente así se hubiera establecido,

por Convenio Colectivo o acuerdo individual, entre trabajadores y empresarios, por existir únicamente el derecho a un único descanso posible, ante la yuxtaposición, en el tiempo, de dos o más días vacacionales”.

Si, por Convenio Colectivo, se ha fijado la duración del descanso en días laborables, no pueden excluirse los sábados por el hecho de que la jornada semanal sea de lunes a viernes; los sábados no pierden por ello aquella condición, pues “una cosa es un sistema de distribución de la jornada en cómputo semanal y otra muy distinta que el sábado, aun cuando de hecho no se presten servicios por acuerdo entre las partes, pierda el carácter laborable”: sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de mayo de 1985.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1989 insiste en que, en el cómputo de las vacaciones establecidas por días hábiles, se computan; es decir, no se descuentan, los sábados, porque no pierden carácter de laborables aun en el supuesto de que las partes, bien en Convenio Colectivo o en estipulación de otra naturaleza, hayan acordado distribuir la jornada de manera que solamente deba trabajarse los cinco primeros días de la semana, pues a ello autoriza el artículo 4.3 del Real Decreto 2.001/83, de 28 de julio; buena prueba de que el sábado no es día que deberá calificarse de festivo lo proporciona el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, al permitir que se fije el descanso de día y medio en el domingo completo y en la mañana del lunes, de suerte que, en tal supuesto, el sábado sería todo él laborable, pero aún cabe añadir que, conforme al precepto de última cita y de lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del Real Decreto 2.001/83, no existen en el derecho laboral español más días inhábiles para trabajar que los domingos y las fiestas de ámbito nacional, de Comunidad Autónoma o Locales, en cuanto se determine anualmente.

Consecuentemente, y resumiendo, que si las vacaciones se han establecido por días naturales, los domingos y festivos, se integran en el cálculo y si, por el contrario, se trata de días hábiles se descuentan los domingos y festivos, pero no —como hemos visto— los sábados, ni aunque la jornada esté distribuida de lunes a viernes y, ello, sin perjuicio de respetar, como veremos, la condición más beneficiosa.

Efectivamente, de este cálculo —que es de necesaria aplicación— resulta una condición mínima mejorable por Convenio Colectivo o acuerdo individual, por lo que puede oponerse —a estos mínimos— la condición más beneficiosa, considerando como tal, según reiterada Doctrina Jurisprudencial, los actos uni-

laterales o bilaterales —queridos y aceptados— que generan el derecho adquirido consolidándolo frente a la norma menos favorable.

X. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, formulamos las Conclusiones siguientes:

10.1. Las vacaciones constituyen un período de días continuados de descanso al año, que interrumpe el trabajo, con retribución, y que tienen como finalidad esencial el que el trabajador pueda reparar fuerzas.

10.2. Dada la finalidad de las vacaciones, facilitar descanso al trabajador, no pueden ser objeto de compensación económica. Es práctica prohibida, consecuentemente, el no disfrutarlas, y percibir, a cambio, el doble de la retribución.

10.3. Sólo se admite, como excepción a la conclusión anterior, el pago de las vacaciones, en los supuestos de que, sin disfrutarse, se hubiera extinguido el contrato, en cuyo caso se abonaría en proporción al tiempo trabajado en ese año de la extinción.

10.4. Durante las vacaciones —y por contradecir su finalidad— no se puede trabajar para otra Empresa o cuenta propia y no se pueden imponer sanciones consistentes en pérdidas de las mismas.

10.5. Del carácter anual de las vacaciones resulta, con carácter general, que caduca el derecho a ellas concluido el año en que debieron disfrutarse y deriva la imposibilidad de su acumulación para otro año.

10.6. El derecho a las vacaciones va completándose, día a día, hasta cubrir la anualidad y se devengan al cumplirse el año completo de servicio, excepto cuando la relación laboral se extingue antes de dicho período o existen normas que permitan anticiparlas en su parte proporcional.

10.7. La relación enfermedad-vacaciones da lugar a distintas situaciones. Así, cuando se trata de la producida, y extinguida, al momento de iniciar el descanso, que no permite la reducción de la parte proporcional de los días que se hubiera permanecido de baja; cuando la enfermedad se produce después del inicio de las vacaciones, que, con carácter general, no las interrumpe

y, por último, la coincidencia con la fecha prevista colectivamente de disfrute, que no permite un nuevo señalamiento.

10.8. Las vacaciones inciden en otros supuestos de suspensión de la relación laboral de la siguiente forma: No se computa el tiempo de excedencia, suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias y huelga ilegal, y, por el contrario, se estima la reducción de jornada por regulación de empleo y huelga legal. En cuanto a la baja por maternidad se estará a lo indicado en la conclusión anterior respecto a la enfermedad.

10.9. Las fechas de disfrute se fijarán de mutuo acuerdo entre empresario y trabajador y, a falta de éste, se estará a lo dispuesto en los Convenios Colectivos sobre planificación anual y respetando los criterios y preferencias establecidos en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores.

10.10. Los conflictos surgidos respecto a la disconformidad en la fijación de fecha de disfrute son de la competencia de los Juzgados de lo Social, en un proceso sumario y preferente, establecidos en los artículos 125 y siguientes de la nueva Ley Procesal, para las reclamaciones individuales o plurales, o en la vía de Conflicto Colectivo, cuando el problema afecte a toda la plantilla de la Empresa o a un sector importante de la misma.

10.11. Las circunstancias específicas del Turno Rotativo, han requerido soluciones ingeniosas y, a veces complicadas, para las vacaciones del personal que lo realiza.

10.12. El incremento de los días de vacaciones, y la mayor disponibilidad de tiempo libre a lo largo del año, aconsejan no limitar el posible fraccionamiento de las vacaciones, aunque se establezca un mínimo a disfrutar de forma continua.

10.13. La retribución de vacaciones debe comprender todos los emolumentos que, en jornada ordinaria, perciba el trabajador, lo que significa que se deben incluir todas las percepciones y sólo se puede excluir lo percibido de forma excepcional, como horas extraordinarias y las percepciones extrasalariales, pues es principio rector el que, en vacaciones, no debe disminuir la retribución que el trabajador habitualmente perciba.

10.14. Los Convenios Colectivos, cuya fuerza normativa está establecida en el artículo 37.1 de la Constitución Española y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, pueden establecer disposiciones sobre vacaciones superadoras de lo que dispongan los Convenios de la O.I.T. que no tienen carácter necesario e indispensable.

10.15. Cuando el descanso anual se fija en días naturales, las vacaciones, tendrán, como mínimo, una duración de 30 días, dentro de los que, y sin producir descuentos, se incluyen los domingos y festivos que coinciden dentro de este período. Por el contrario, cuando las vacaciones se establecen en días hábiles, del total, no se computan los domingos y festivos que coincidan en este período, aunque sí, con carácter general, los sábados.

10.16. La condición más beneficiosa, considerando como tal los actos unilaterales o bilaterales, que generan un derecho adquirido, consolidándolo frente a una norma menos favorable, puede mejorar, a favor del trabajador, lo dispuesto en el Convenio respecto a Vacaciones.

