



**DOCTRINA**

La *causa matrimonii* en el negocio de atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales, por PABLO RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA y RICARDO GARCÍA DE ARRIBA MARCOS ..... 1

**CIVIL**



**LA SENTENCIA DEL DÍA**

● (TS Sala Primera, de lo Civil) **S 25 Sep. 2006**. Carácter reservable de los bienes imputados a la legítima..... 10

**PENAL**

● (TS Sala Segunda, de lo Penal) **S 27 Sep. 2006**. Caso *Cesid*: confirmación de la condena impuesta al jefe del «Gabinete de escuchas» por un delito de utilización de artificios técnicos de escucha y grabación del sonido..... 6

**ADMINISTRATIVO**

● (TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.ª) **S 17 May. 2006**. Cuestiones interpretativas de la Ley de Haciendas Locales de 1988 sobre la participación municipal en tributos estatales..... 14

**LABORAL**

● (TS Sala Cuarta, de lo Social) **S 5 Jul. 2006**. Limitación unilateral por Telefónica de los cambios de turno de su personal comercial ..... 12

● (TS Sala Cuarta, de lo Social) **S 16 Jun. 2006**. Despido improcedente de un trabajador que no comunicó a la empresa su ingreso en prisión provisional ..... 13

**LA CAUSA MATRIMONII EN EL NEGOCIO DE ATRIBUCIÓN DE BIENES EN FAVOR DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

Por PABLO RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA y RICARDO GARCÍA DE ARRIBA MARCOS  
Abogado, Uría Menéndez Abogado, Uría Menéndez

¿Cabe mentalmente concebir, y jurídicamente tutelar, operaciones que no respondan a causa onerosa ni gratuita? El autor examina esta posibilidad en el seno de un negocio de gran apogeo en los últimos tiempos: el negocio de atribución de bienes en favor de la masa ganancial.

*En aquellas materias que no están reguladas por el Derecho positivo resulta mucho más eficaz atenderse a las distintas posibilidades que ofrece la realidad social que a las elucubraciones propias del cielo de los conceptos*  
José Manuel García García

**I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la causa del conocido como negocio de aportación, comunicación o atribución de bienes en favor de la sociedad de gananciales y, más concretamente, el repaso de las diferentes posiciones existentes en torno a la posibilidad de que tal atribución responda, no a una causa onerosa o gratuita, sino a una causa distinta y autónoma, la denominada *causa matrimonii*.

Con carácter preliminar, debe abordarse, siquiera de forma somera, la cuestión relativa a la denominación de la figura, punto en el que consideramos, con POVEDA BERNAL (1) que, si bien la calificación mayoritaria es la de negocio de aportación, este *nomen iuris* debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito societario, en el que el desplazamiento patrimonial tiene lugar en favor de una entidad dotada de personalidad jurídica independiente. Y es que, como señala PEREÑA VICENTE (2), resulta imposible equiparar la figura aquí analizada con la aportación de bienes en favor de una sociedad —se siga, en relación con ésta, la tesis mayoritaria, que entiende que se trata de un acto de enajenación; se siga la tesis de ROCA SASTRE (3), que entiende que es un acto de mera comunicación o modificación—, por cuanto, mientras en la sociedad el socio recibe como contrapartida un título, que determina, en función de su aportación, la participación en el capital social, con las consecuencias que ello conlleva (*cf.*, entre otros, arts. 48 y 215 TRLSA y 85 LSRL), ello no sucede en la sociedad de gananciales, en la que, cualquiera que sea la aportación realizada por un cónyuge, su participación se mantendrá, inalterable, en el cincuenta por ciento.

De acuerdo con lo expuesto, siguiendo a PEREÑA VICENTE (4) y PASCUAL DE LA PARTE (5), consideramos la denominación más acertada para designar el negocio tratado la de negocio de atribución, denominación a la que se aproxima la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) de 25 de septiembre de 1990, que habla de *negocio conyugal atributivo*.

Dicho ello, podemos definir esta figura, siguiendo a LOBATO GARCÍA-MIJÁN (6), como la transmisión que un cónyuge realiza desde su patrimonio privativo a la sociedad de gananciales, que origina que el bien aportado adquiera el carácter de ganancial. Sobre esta definición es necesario realzar las siguientes precisiones:

1) En primer lugar, nótese que la misma no contiene ninguna referencia a la existencia o no, en favor del aportante, del derecho de reembolso recogido en el art. 1358 CC (*cuando, conforme a este Código, los bienes sean privativos o gananciales con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación*), y ello por cuanto la existencia de tal reembolso —hecho del que generalmente se hace depender la calificación del negocio como oneroso o gratuito— constituye una de las cuestiones discutidas de esta figura.

2) En segundo lugar, debe advertirse que en este artículo analizaremos el negocio de atribución como figura autónoma, susceptible, por sí solo y sin necesidad de acudir a ningún negocio jurídico nominado, de producir el desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial, posibilidad actualmente admitida por la mayoría de la doctrina, generalmente con

base en el principio de libre contratación entre cónyuges y en la consideración de que tal negocio no implica una modificación encubierta del régimen económico-matrimonial.

De esta forma, OLIVARES JAMES (7) señala que, si bien es preferible, para conseguir el desplazamiento de un bien en favor de la masa ganancial, acudir a la vía negocial correspondiente, cabe también llevar a cabo una atribución abstracta a través del negocio de atribución, supuesto en el que el equilibrio de prestaciones queda garantizado a través del nacimiento del derecho de reembolso. De forma similar, DE LA CÁMARA (8) indica que, aunque parece más sencillo, para conseguir semejante transmisión, acudir a un negocio traslativo típico, también cabe utilizar con tal fin el simple acuerdo de los esposos. Y ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (9) insiste en que la alteración de la condición del bien puede producirse mediante un contrato típico o a través del simple *acuerdo de calificación*, que produciría iguales efectos que cualquier contrato. Otros autores que se han mostrado favorables a la admisibilidad del desplazamiento en favor de la sociedad de gananciales sin necesidad de acudir a un negocio típico han sido CARRIDO CERDÁ (10) y CABANILLAS SÁNCHEZ (11), siendo por contra CHICO Y ORTIZ el autor que con más insistencia ha rechazado esta posibilidad (12).

3) Y en tercer lugar, debe adelantarse que el fundamento de tal negocio de atribución no debe buscarse en el art. 1355 CC, sino en el 1323 CC, por cuanto la aplicabilidad del primero de los preceptos queda supeditada a la concurrencia de ciertos presupuestos que no se cumplen en el negocio de atribución. Así, POVEDA BERNAL (13) y buena parte de la doctrina señalan que: a) el art. 1355 CC habla de *bienes*, de forma que no resulta aplicable a los frutos o inversiones, no pudiendo por tanto dar cobertura a la excepción del principio de accesión prevenido en el art. 1359 CC; b) el

lo que nos obliga a realizar algunas consideraciones sobre la causa de los negocios en general para, posteriormente, tratar de localizar tal elemento en el negocio de atribución.

Con carácter general, debe manifestarse que, en el Derecho español, por virtud de la teoría del título y el modo (arts. 609 y 1095 CC), ningún desplazamiento patrimonial puede tener lugar por la mera voluntad de los interesados, debiendo estar justificado por un previo negocio causal. No obstante, la determinación del concepto de causa ha sido una de las cuestiones más complejas a las que, tradicionalmente y hasta la actualidad, ha tenido que enfrentarse la doctrina; se trata, según DÍEZ-PICAZO (14), de *unos de los temas más espinosos de la dogmática jurídica*, especialmente teniendo en cuenta la variedad de perspectivas, algunas de ellas compatibles, desde las que se ha abordado esta cuestión. No es ésta, por supuesto, sede apropiada para llevar a cabo un estudio detallado de las construcciones doctrinales creadas en torno a la causa; sin embargo, sí debemos, cuando menos, realizar algunas consideraciones al respecto.

Una de las más famosas clasificaciones de la causa ha sido la que diferencia entre causa en sentido objetivo y causa en sentido subjetivo. De acuerdo con CAPITANT (15), la causa en sentido subjetivo está constituida por el motivo determinante de la asunción de la obligación, mientras que la causa en sentido objetivo es la función económico-social del negocio —BETTI (16)—, o su función práctico-social reconocida por el Derecho —FERRARA (17)—. Esta segunda concepción de la causa ha sido, no obstante, tradicionalmente criticada, pues, de acuerdo con ella, nunca adquiriría relevancia la ilicitud de la finalidad que, con la celebración del negocio, los contratantes pudieran pretender alcanzar, lo que resulta incompatible con el art. 1275 CC, que expresamente prevé que la causa pueda ser ilícita.

a) De una parte, varios autores han negado la existencia de la causa del contrato o, cuando menos, han considerado estéril su búsqueda, entendiendo que lo que en todo caso debe analizarse es la causa de la atribución patrimonial. Así, LACRUZ BERDEJO (19) señala que el contrato no tiene su propia causa, teniéndola solamente la obligación resultante, como revela el art. 1261 CC, que habla de la *causa de la obligación que se establezca*.

b) De otra parte, otros autores, como DÍEZ-PICAZO (20), admiten la existencia tanto de la causa de la obligación o atribución como del contrato, señalando que la primera, caso de derivar de un previo contrato, viene representada por éste, el cual tiene, a su vez, su propia causa. La compatibilidad entre ambas causas —prosigue este autor— es posible por cuanto cada una opera en planos diferentes: así, mientras la causa de la atribución o de la obligación responde a la pregunta de por qué se debe (confundiéndose así con la fuente de la obligación: arts. 1089-1093 CC), la causa del contrato se centra en por qué se celebró éste. También JORDANO BAREA (21) reconoce la existencia de ambas causas, y en términos similares se pronuncia DE LOS MOZOS (22), quien afirma que la causa del negocio aparece al inicio, mientras que la de la atribución se manifiesta en un momento posterior.

Finalmente, DE CASTRO también diferencia entre causa genérica, que se corresponde con alguna de las enumeradas en el art. 1274 CC y sirve para valorar la eficacia del negocio, la causa específica o típica, propia de cada esquema negocial y que adquiere relevancia para determinar la existencia y validez del negocio, y causa concreta o motivos incorporados a la causa, que determina la licitud o no de la causa de un concreto negocio (23).

De acuerdo con lo expuesto, y en relación con la categoría que nos ocupa, puede decirse que la causa de la atribución del bien en favor de la sociedad de gananciales está constituida por el negocio de atribución, el cual debe también responder a una causa, siendo éste el punto donde se plantean las principales dificultades. Tal dificultad responde en gran medida al carácter innominado del negocio, pues, a diferencia de lo que sucede en los negocios típicos, en los que, como señala DÍEZ-PICAZO (24), la tutela por el Ordenamiento jurídico se halla implícita en su tipificación legal, el control de la causa del negocio resulta especialmente complejo —y tiene especial relevancia— en los contratos atípicos, en los que la causa, como destaca CARPIO GONZÁLEZ (25), es *el único terreno en que el legislador y el práctico del Derecho, especialmente los jueces, pueden controlar el contenido de aquél de acuerdo con unas mínimas exigencias éticas y morales*.

Analicemos cuáles han sido las respuestas propuestas al respecto tanto por la DGRN como por nuestra más reciente doctrina científica.

**P**ara la mejor comprensión de la doctrina emanada del Centro Directivo, conviene tener en mente que lo dispuesto en el art. 1277 CC (aunque la causa no se exprese en contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario) ha sido mayoritariamente considerado como una abstracción meramente procesal de la causa (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, 20 de noviembre de 2002, 4 de mayo de 2000 y 28 de septiembre de 1998), abstracción que, según la mayoría de la doctrina, carece de aplicación en el ámbito registral, en el que por tanto se exige que el título exprese la causa del acto o negocio

art. 1355 CC únicamente juega al momento en que un cónyuge adquiere el bien de un tercero, mientras que en el negocio de atribución el bien forma ya parte integrante de uno de los patrimonios privativos; c) el art. 1355 sólo entra en vigor cuando la adquisición del tercero tiene lugar a título oneroso, no cuando se haya realizado a título gratuito, y d) el art. 1355 se limita a las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, siendo inaplicable a los bienes que hayan sido adquiridos por un cónyuge con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CAUSA

No planteando el negocio analizado problema especial en cuanto a la concurrencia y licitud de su consentimiento y objeto, se hace no obstante particularmente necesario analizar su causa (cfr. art. 1261 CC),

Consecuencia necesaria de la imposibilidad de aceptar, en su versión pura, cualquiera de estas configuraciones extremas de la causa ha sido el surgimiento de teorías intermedias, de entre las que destaca la propuesta por ALBALADEJO (18), quien considera que debe otorgarse relevancia tanto al fin que el negocio persigue en abstracto como al concreto propósito pretendido por las partes con su celebración.

De otra parte, también tradicionalmente se ha distinguido entre causa de la obligación y causa del contrato o negocio jurídico. DOMAT señaló que sólo es posible hablar de la causa de la obligación, causa que en los contratos gratuitos es la liberalidad del donante, mientras que, en los sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada parte está constituida por la asunción de su obligación por la contraria. Más controvertida ha sido la admisión de la causa del contrato o negocio, en relación con la cual podemos citar, en el seno de la doctrina española, las siguientes posturas:

## III. POSICIÓN DE LA DGRN

Para la mejor comprensión de la doctrina emanada del Centro Directivo, conviene tener en mente que lo dispuesto en el art. 1277 CC (aunque la causa no se exprese en contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario) ha sido mayoritariamente considerado como una abstracción meramente procesal de la causa (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, 20 de noviembre de 2002, 4 de mayo de 2000 y 28 de septiembre de 1998), abstracción que, según la mayoría de la doctrina, carece de aplicación en el ámbito registral, en el que por tanto se exige que el título exprese la causa del acto o negocio. En ese sentido, ya la resolución de 11 de febrero de 1931 declaró: *para la transmisión de bienes, sitos en España, se exige por nuestro sistema hipotecario una causa jurídica, acreditada en documentos públicos, que hagan fe por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite, y la inscripción en el Registro de la Propiedad sobre la base de anteriores asientos a favor del transmitente*; y en similares términos se pronunciaron las resoluciones de 18 de septiembre de 1927, 12 de marzo de 1930, 14 de julio de 1971 o 14

de octubre de 1986. De acuerdo con ello, ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CORDOVA (26) ha llegado a afirmar: «olvidemos, por consiguiente, los términos «inexpresión de la causa» y, sobre todo, «abstracción causal» cuando hablemos de Derecho registral español».

La evolución de la DGRN en relación con el negocio de atribución y, concretamente, respecto de su causa, ha venido marcada por las siguientes resoluciones:

— La primera resolución relevante a estos efectos fue la de 10 de marzo de 1989, que analizó un supuesto en el que los tres copropietarios de un solar realizaron sobre él, con cargo a sus respectivas sociedades de gananciales, una edificación, y, tras llevar a cabo la división de la comunidad, un condueño otorgó carácter ganancial a la parte a él adjudicada.

Revocando la calificación del registrador, la DGRN consideró válida tal aportación a favor de la masa ganancial, con base en los siguientes argumentos: a) el art. 1359 CC no puede menoscabar el principio de libre contratación entre cónyuges, y b) el negocio de atribución, si bien no encaja en el art. 1355 CC, sí lo hace en el 1323 CC, del que el primero solamente es una de sus manifestaciones. No obstante, la DGRN no se pronunció en este caso, por no ser objeto del recurso y de acuerdo con el anterior art. 117 RH, sobre si en el negocio examinado concurrían todos los requisitos determinantes de su validez; en particular, sobre si la atribución estaba amparada por una causa atendible: *cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, mas la necesaria concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación (art. 117 del Reglamento Hipotecario) no permite abordar su análisis en el ahora entablado.*

CHICO Y ORTIZ (27) criticó duramente esta resolución, entendiendo, de una parte, que, dado su carácter imperativo, no cabe exceptuar la regla del art. 1359 CC, y, de otra parte, que la libre contratación entre cónyuges se encuentra limitada por el art. 1355 CC, de forma que la atribución del carácter ganancial a un bien sólo puede tener lugar cuando concurren los requisitos contemplados en este precepto. Consideramos, con PEREÑA VICENTE (28), que tal crítica, que conduce a una enorme restricción del principio de libre contratación entre cónyuges, resulta injustificada, siendo así que, mientras el art. 1323 CC consagra tal principio general de libertad contractual, el 1355 únicamente regula la posibilidad de atribuir a determinado bien, al momento de su adquisición, la condición de ganancial, de lo que no puede derivarse que todo desplazamiento de bienes en el seno de la sociedad de gananciales deba realizarse de acuerdo con los requisitos en él prevenidos. Asimismo, y aun considerando que el art. 1359 CC es imperativo —lo que considera discutible—, tampoco cabe entender que la DGRN violase tal precepto, sino que, reconociendo que lo edificado tenía naturaleza privativa (y respetando, por tanto, el art. 1359), permitió el posterior desplazamiento del conjunto en favor de la masa ganancial.

En los mismos términos se pronunció la resolución de 14 de abril de 1989 (RJ 1989/3403), que analizó un supuesto prácticamente idéntico.

— También debe citarse la resolución de 25 de septiembre de 1990, a pesar de que no analizó un negocio de atribución, sino la posibilidad de aplicación *inversa* del art. 1355 CC, esto es, la admisibilidad del acuerdo por el que, al momento de la adquisición de un bien, se conviene que éste, en lugar de integrarse en la masa común —como correspondería por subrogación real—, pase a formar parte de una de las masas privativas. El caso analizado fue la adquisición, con cargo a la masa ganancial y por ambos cónyuges, de un local, del que se decía que el marido adquiriría con carácter privativo el 60% y ambos cónyuges, con carácter ganancial, el 40%.

La DGRN insiste en los mismos argumentos expuestos en las anteriores resoluciones, a saber: a) el art. 1355 CC es solamente una concreta manifestación del 1323, que no limita otras posibilidades de contratación entre los cónyuges, y b) el negocio atributivo

debe en todo caso basarse en una justa causa que permita excepcionar el natural juego del principio de subrogación real.

— En la resolución de 7 de octubre de 1992, que analizó la validez del pacto por el que los cónyuges aportaban a la sociedad de gananciales bienes privativos de desigual valor, la DGRN indica que el art. 1355 CC no puede ser considerado norma excepcional; no obstante —al igual que en resoluciones anteriores— tampoco en este caso la resolución entró a analizar, por no ser objeto del recurso, la suficiencia de la causa del negocio de atribución.

— No fue hasta la resolución de 26 de octubre de 1992 cuando la DGRN dio una primera pista sobre qué pudiera considerarse causa suficiente del negocio de atribución. El supuesto de hecho consistía en la agru-

ción de la aportación a pesar de no haberse expresado su causa, lo cierto es que esta resolución —como señala NAVARRO VIÑUALES (31)— no representó una excepción a la línea que la DGRN venía manteniendo, pues la falta de análisis de la concurrencia de la causa fue simplemente debida a que no fue ésta una de las cuestiones planteadas en la nota.

— La resolución de 30 de diciembre de 1999 volvió a reconocer la posibilidad de aportar bienes a la sociedad de gananciales por medio del negocio de atribución, si bien el caso no planteaba problema en cuanto a la causa, pues la esposa había expresamente declarado que realizaba la aportación a título gratuito.

— La resolución de 8 de mayo de 2000 trató un supuesto en que los cónyuges, modificando su régimen económico matrimonial, que pasaba de ser el de sepa-

*No fue hasta la resolución de 26 de octubre de 1992 cuando la DGRN dio una primera pista sobre qué pudiera considerarse causa suficiente del negocio de atribución. La DGRN, tras insistir en que la causa de la atribución debe en todo caso ser explicitada, admite que, además de la donación u otro contrato que por medio de la traditio conlleve la transmisión de la propiedad, cabe que un bien adquiere la condición de ganancial por medio del que denomina negocio de aportación o comunicación, que —continúa diciendo— dará lugar a reembolso en favor del aportante*

ración de dos solares, uno privativo y otro ganancial, sobre los que posteriormente se ejecutó una edificación con cargo a fondos gananciales. Pues bien, la DGRN, tras insistir en que la causa de la atribución debe en todo caso ser explicitada, admite que, además de la donación u otro contrato que por medio de la *traditio* conlleve la transmisión de la propiedad, cabe que un bien adquiere la condición de ganancial por medio del que denomina *negocio de aportación o comunicación*, que —continúa diciendo— dará lugar a reembolso en favor del aportante.

CHICO Y ORTIZ (29) interpretó esta resolución como un cambio de orientación respecto de las anteriores, dando a entender que la transmisión de bienes entre cónyuges sólo puede verificarse mediante alguno de los contratos expresamente previstos por la Ley para tal fin, interpretación que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, al margen de ser excesivamente restrictiva del ámbito del art. 1323 CC, tampoco responde al espíritu de la resolución; por ejemplo, señala PASCUAL DE LA PARTE, «¿es que entre esos “ciertos contratos” de que habla de resolución no puede encajar perfectamente el negocio jurídico de atribución patrimonial?» (30).

— En la resolución de 11 de junio de 1993, en la que el caso controvertido volvía a ser la aportación a la masa ganancial de un solar privativo sobre el que se había ejecutado una obra a expensas del caudal común, la DGRN reitera la referencia al *negocio de aportación o comunicación* como instrumento válido para la transmisión de un bien privativo al patrimonio ganancial, y ratifica la necesidad de que conste la causa de ese negocio, lo que —prosigue el Órgano Directivo— tiene relevancia dada la diferente protección que nuestro sistema registral dispensa a las atribuciones en función de su carácter oneroso o gratuito. En idénticos términos se manifestó la resolución de 28 de mayo de 1996.

— La resolución de 21 de diciembre de 1998 analizó el pacto por el que los cónyuges acordaban, en las capitulaciones en las que declaraban la extinción del régimen de separación y pactaban el de gananciales, la aportación al nuevo caudal común de todos los bienes que hasta entonces les pertenecían con carácter privativo. Si bien la DGRN admitió la inscripción

de la aportación a pesar de no haberse expresado su causa, lo cierto es que esta resolución —como señala NAVARRO VIÑUALES (31)— no representó una excepción a la línea que la DGRN venía manteniendo, pues la falta de análisis de la concurrencia de la causa fue simplemente debida a que no fue ésta una de las cuestiones planteadas en la nota.

Como señala NAVARRO VIÑUALES (32), en este caso, al ser iguales las aportaciones de ambos cónyuges, parece que la DGRN presumió que el título de cada una de ellas era oneroso, argumentación que ha sido criticada por PEREÑA VICENTE (33) advirtiendo que, de seguirse semejante criterio, cuando las aportaciones de cada cónyuge fueran distintas, debería concluirse, a contrario, que han sido realizadas a título gratuito, lo que resulta insostenible.

— La resolución de 21 de julio de 2001, que vuelve a reconocer la inscripción del negocio de atribución, tiene especial relevancia, pues en ella la DGRN efectúa un primer intento de deducir la existencia de causa de tal negocio de las manifestaciones del aportante, concluyendo que, al constar la existencia de derecho a reembolso, el título de la aportación era oneroso.

Como culminación de esta tendencia hacia la detección de la causa partiendo de las manifestaciones de los cónyuges, debe citarse la resolución de 17 de abril de 2002, que analizó un supuesto en que el esposo aportó a la sociedad de gananciales una vivienda privativa, señalando que *la causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar la sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se está pagando con dinero ganancial*. En este caso, la DGRN, si bien consideró que la primera de las razones no pasaba de ser un mero motivo, sí admitió como causa de tal atribución la segunda de las razones explicitadas, considerando la causa onerosa, lo que ha sido también criticado por PEREÑA VICENTE (34), a cuyo juicio ninguna de las manifestaciones del aportante podía alcanzar el rango de causa de la atribución.

De lo expuesto puede concluirse la siguiente doctrina de la DGRN:

— En primer lugar, permite que las transferencias entre los patrimonios privativos y el ganancial se lleven a cabo, no solamente a través de un negocio típico, sino también por medio del negocio de atribución, que queda así configurado como una figura autónoma.

— En segundo lugar, el Órgano Directivo exige que en todo caso conste la causa del negocio de atribución, causa que en los últimos tiempos trata de deducir de las manifestaciones de los cónyuges, con lo que reconoce la particularidad de tales aportaciones en el seno de la sociedad conyugal, en la que las relaciones personales y patrimoniales aparecen inseparablemente relacionadas.

— En tercer lugar, y a pesar de lo anterior, la DGRN acaba en todo caso subsumiendo la causa de la atribución en una de las categorías tradicionalmente recogidas en nuestro Derecho: causa onerosa y causa gratuita, sin cuestionarse todavía la posible existencia de una causa distinta e independiente a aquéllas y, por tanto, sin reconocer sustantividad a la *causa matrimonii*.

#### IV. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE CAUSA MATRIMONII

Con carácter general, debe advertirse que han sido muy pocos los autores que han defendido la existencia de la *causa matrimonii* como desligada de la onerosa y gratuita. LACRUZ BERDEJO (35), en relación con las capitulaciones matrimoniales, parece inicialmente dar a entender que, si aquéllas han sido otorgadas antes de la celebración del matrimonio, responden a la *causa*

gen de las recogidas en el art. 1274 CC cabe la *justa causa* del art. 1901 CC, posteriormente priva de sustantividad a la *causa matrimonii*, basándose en que la atribución concede al aportante derecho de reembolso. En consecuencia, acaba calificando la causa del negocio de atribución como onerosa o gratuita («si bien puede decirse que exista un *favor matrimonii* y unas presunciones favorables a la masa ganancial, la tesis de la causa autónoma matrimonial es un tanto «extrapatrimonial» e inaplicable a supuestos en que una aportación se haga fuera de capítulos»), de forma que cuando la atribución dé lugar a derecho de reembolso, será onerosa, mientras que cuando se haya renunciado a tal reembolso, la causa pasará a ser gratuita. Enumera este autor los siguientes argumentos para defender el mantenimiento del negocio jurídico a pesar de la mutabilidad de su causa: a) el principio general de conservación del negocio jurídico; b) la posible existencia de renunciaciones tácitas, al menos en el plano interno y contable de los cónyuges, y c) la posible existencia de supuestos de imposible compensación, como, por ejemplo, en el caso de falta de bienes gananciales.

En la misma línea, PASCUAL DE LA PARTE señala que, de no indicarse nada, debe entenderse que operará el derecho de reembolso, recordando que la causa gratuita no puede nunca presumirse (39).

Más lejos parece, en principio, pretender llegar GUTIÉRREZ BARRENGO, pues analiza la causa del negocio de atribución sin tomar en consideración la existencia de derecho de reembolso: *la causa del negocio de atribución es la intención de fortalecimiento del contenido de la sociedad de gananciales, sin necesidad, al margen de dicha causa, de tener que conside-*

los autores anteriormente citados, la enumeración de causas contenida en el art. 1274 CC no constituye un *numerus clausus*, cabiendo también admitir como causa aquélla por la que se da cumplimiento a un deber moral o social, causa que —según PEREÑA VICENTE— no puede quedar limitada al ámbito de las obligaciones naturales, que tienen una protección jurídica limitada, no concediendo acción para reclamar su cumplimiento aunque, una vez efectuado el pago, impiden reclamar su repetición (cfr. arts. 1306, 1756, 1798 1901 y 1935 CC).

En segundo lugar, esta autora apoya su tesis en que, no siendo la causa del negocio de atribución subsumible ni en la causa onerosa ni en la gratuita, constituye un nuevo tipo de causa, la *causa matrimonii*, que atiende al fortalecimiento de la sociedad de gananciales y, en particular, a la afección del bien al levantamiento de las cargas familiares (cfr. art. 1362 CC), causa que finalmente considera digna de tutela por parte del Legislador. Desglosemos tales argumentos:

— No nos hallamos ante una causa onerosa, pues, de un lado, la aportación no otorga al aportante mayor participación en la masa ganancial, y, de otro lado, no da lugar a reembolso. Esta autora va más allá, señalando que, aun cuando se reconociera la existencia de derecho de reembolso, consistiendo la causa onerosa en la utilidad recíproca que para ambos contratantes conlleva la celebración de un negocio, tampoco concurriría esa causa, pues la intención de los cónyuges no es la obtención de esa utilidad, especialmente teniendo en cuenta que el reembolso tendría lugar en un momento incierto y por una cantidad desconocida al realizar la atribución (cfr. art. 1403 CC).

— Asimismo, defiende esta autora que tampoco nos hallamos ante una causa gratuita, pues, caracterizada ésta tanto por la ausencia de un equivalente como por la existencia de *animus donandi*, tales elementos no están presentes en el negocio de atribución, en el que el aportante no quiere regalar, sino compartir.

— Finalmente, se alega que, no siendo la causa del negocio de atribución ni onerosa ni gratuita, sino una causa autónoma, la *causa matrimonii*, ésta responde a una finalidad que el Legislador considera digna de tutela, por cuanto el negocio de atribución da cumplimiento al trato de favor que el Ordenamiento jurídico dispensa a la masa ganancial, trato que se pone de manifiesto en el art. 1355 CC y que también aparece en otras instituciones de Derecho de Familia y en el Derecho Comparado (por ejemplo, la dote, el pacto de extensión de comunidad en el Derecho aragonés, las *ventajas* del Derecho francés o la *causa familiar* en el Derecho italiano).

A nuestro juicio, algunos de los argumentos esgrimidos por PEREÑA VICENTE para defender la autonomía de la *causa matrimonii* adolecen de inconsistencias que conviene poner de relieve:

La autora, al defender que el negocio de atribución no responde a causa onerosa, no justifica suficientemente la inexistencia de derecho de reembolso, el cual, según nuestro criterio, debe considerarse existente atendidos los siguientes argumentos: primero, por aplicación de los principios de interés de la familia y equilibrio entre las masas patrimoniales; segundo, por responder el negocio de atribución al fundamento del art. 1358 CC, que no es otro que la necesidad de compensar al cónyuge perjudicado por la no aplicación en determinado supuesto del principio de subrogación real, y, tercero, porque el negocio analizado, al fundarse en el art. 1323 CC, constituye una excepción a tal principio de subrogación real que opera —de acuerdo con la expresión del art. 1358 CC— *conforme a este Código*.

Por otra parte, PEREÑA VICENTE señala que, aun cuando se considerase aplicable el derecho de reembolso, la causa del negocio de atribución tampoco sería onerosa, pues la intención de las partes no es —nunca, al parecer— obtener una utilidad recíproca. Tal argumento resulta asimismo criticable, pues supone implantar una ficción general no necesariamente coincidente con la realidad, ya que es perfectamente posible que la voluntad de las partes sí sea la obtención de tal utilidad recíproca, esto es, que el

**L**a DGRN acaba en todo caso subsumiendo la causa de la atribución en una de las categorías tradicionalmente recogidas en nuestro Derecho: causa onerosa y causa gratuita, sin cuestionarse todavía la posible existencia de una causa distinta e independiente a aquéllas y, por tanto, sin reconocer sustantividad a la *causa matrimonii*

*matrimonii*; no obstante, más adelante precisa que el matrimonio constituye el presupuesto y la base de las capitulaciones, así como la *conditio iuris* de su eficacia, pero no su causa. Algo más allá apunta al tratar concretamente de las estipulaciones capitulares (36), acerca de las que concluye que no tienen causa onerosa, pues no conceden equivalente alguno, ni tampoco gratuita, pues, aunque por su virtud alguno de los cónyuges pueda resultar favorecido, no existe ánimo de liberalidad.

Específicamente en relación con el negocio de atribución, la mayor parte de los autores se muestran reacios a reconocer que el mismo responda a una autónoma *causa matrimonii*, de forma que, aun admitiendo la especial finalidad existente en las aportaciones en favor de la masa ganancial, acaban reconduciéndola hacia la causa onerosa o gratuita. En esta línea, POVEDA BERNAL (37), aunque admite que la enumeración de causas prevista en el art. 1274 no es exhaustiva, no pudiendo excluirse la existencia de una *causa matrimonii* tendente al fortalecimiento de la masa ganancial, concluye que se trata de una causa variable y siempre incardinable dentro de la tradicional clasificación de las causas; de acuerdo con ello, señala que, concediendo la atribución derecho de reembolso, su causa debe reputarse onerosa, y, habiendo mediado renuncia a tal reembolso, la causa será gratuita.

En similares términos se pronuncia CARPIO GONZÁLEZ (38), el cual, a pesar de comenzar señalando que dentro de las otras causas admisibles al mar-

*rar que existe un derecho de reembolso a favor del aportante cuando no se haya así estipulado expresamente* (40). No obstante, acaba también incardinando la causa del negocio de aportación en el seno de la causa onerosa o gratuita, si bien partiendo —inversamente a los autores antes citados— del presupuesto de que la causa es naturalmente gratuita: así, señala que cuando los cónyuges no pactan expresamente el reconocimiento del derecho de reembolso, debe entenderse que existe causa gratuita, siendo únicamente onerosa cuando se estipule que la aportación dará lugar al mencionado reembolso.

Partiendo de premisas distintas, LOBATO GARCÍA-MIJÁN (41) considera que el negocio atributivo tiene sustantividad propia, no estando por tanto necesitado, para acceder al Registro de la Propiedad, de expresión de otra causa distinta al propio negocio de atribución, sin que por ello pueda entenderse que nos hallamos ante un negocio abstracto, sino oneroso. Finalmente, este autor entiende que, de acuerdo con la clasificación propuesta por DÍEZ-PICAZO (42), se trata de un negocio inicial.

La autora que con más resolución ha defendido que el negocio de atribución responde a la *causa matrimonii*, no subsumible ni en la causa onerosa ni en la gratuita, ha sido PEREÑA VICENTE, para lo cual se basa en las siguientes consideraciones (43):

En primer lugar, en que, como ya señaló DE CASTRO (44) y también han reconocido algunos de

aportante realice la atribución precisamente porque obtendrá, como contraprestación, el derecho de reembolso (o al menos teniendo en mente la existencia de este derecho).

Algo similar sucede cuando PEREÑA VICENTE trata de justificar que el negocio de aportación no tiene causa gratuita, pues, para sustentar tal afirmación, señala que la intención de las partes —al parecer, también en todo caso— es compartir, y jamás regalar. Ello supone establecer de nuevo una generalizada suposición que no tiene por qué cumplirse en todo caso, pues resulta también posible (de entenderse que no existe derecho de reembolso, o habiéndose pactado su exclusión) que la intención con la que el aportante lleve a cabo la atribución sea estrictamente gratuita, esto es: el aportante puede desprenderse del bien —con el correspondiente empobrecimiento de su patrimonio— en beneficio de la masa ganancial y del otro cónyuge— que obtienen un correlativo enriquecimiento—, siendo ese desplazamiento efectuado con el más riguroso *animus donandi*.

Por lo expuesto, la tesis de PEREÑA VICENTE adolece del vicio de concebir como causa del negocio de atribución una supuesta intención de las partes que no tiene por qué concurrir en todo caso y que, por tanto, no puede rigurosamente ser calificada como causa negocial, sino más bien como un —variable y eventual— motivo, que, como tal, no afecta a la existencia, licitud y desenvolvimiento del negocio.

Finalmente, debe precisarse que el hecho de que el derecho de reembolso —caso de considerarse aplicable— tenga lugar por una cantidad o en un momento inicialmente no determinados no puede constituir un argumento para negar el carácter oneroso del negocio, pues es obvio que la eficacia de cualquier negocio puede ser sometida a término incierto o condición (de forma que el momento de su exigibilidad es también inicialmente desconocido), o su precio ser fijado *ex post* por un tercero (cfr. arts. 1147 y 1690 CC, lo que conlleva que este elemento también sea inicialmente incierto), sin que por ello resulte planteable que tales negocios pierdan su condición de onerosos.

## V. LA CAUSA MATRIMONII EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

En este último apartado nos limitaremos a hacer referencia a dos cuestiones: la primera, relativa a la consagración, por parte de cierta jurisprudencia menor contencioso-administrativa, de la *causa matrimonii* como figura independiente, y la segunda, concerniente a la exención de la que los negocios de transmisiones gozan en relación con el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Como hemos anticipado, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de ciertos Tribunales Superiores de Justicia han venido a reconocer la existencia de la *causa matrimonii*, lo que no deja de resultar sorprendente, pues se trata de un concepto que hasta la fecha no ha obtenido carta de naturaleza en la jurisdicción civil.

Así, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 1998 señala:

«Sentada la anterior doctrina, en el presente caso la Administración demandada cuestiona la naturaleza jurídica del contrato suscrito por el actor y su cónyuge mediante escritura pública otorgada en fecha 10 de febrero de 1995 por el Notario de Guadalajara don Santiago María C. M.-S. (protocolo núm. 216), negando que pueda ser calificado como un negocio de aportación de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, para sostener que se está ante un contrato de compraventa de una cuota proindivisa y sin reemplazo de un bien privativo, dado que, después de la reforma del Código Civil operada por Ley 13 mayo 1981, la exención prevista en el art. 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

y Actos Jurídicos Documentados de 1993 solamente será de aplicación a las adjudicaciones que se produzcan a la disolución de la sociedad de gananciales y a aquellos territorios de Derecho Foral (Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra) en que se permite la aportación de bienes dotales y parafernales de la mujer a la sociedad conyugal. La pretensión de la Administración demandada debe ser desestimada pues, después de la reforma del Código Civil operada por Ley 13 mayo 1981, el negocio de aportación de derechos concretos verificada por los cónyuges a la sociedad conyugal no es más que una aplicación particular del art. 1323 del Código Civil —como igualmente lo es el negocio de atribución de ganancialidad previsto en el art. 1355 del Código Civil— que instaura la libertad de contratación entre cónyuges, toda vez que los amplios términos del citado precepto posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada. En el presente caso, la aportación de la finca del cónyuge del actor a la sociedad conyugal no es más que un negocio jurídico familiar que tiene por finalidad la atribución de ganancialidad a los bienes aportados, por el que se aúna la *datio* o *traditio* (en este caso *táctica*), una *iusta causa traditionis*, la *causa matrimonii*, sujeta a un proceso de comunicación de bienes y lucrándose de los refecta. Mas, con ello, no se quiere decir sino que, en el presente caso, el contrato de aportación de bienes a la comunidad de gananciales ha tenido por objeto la atribución de ganancialidad de bienes originariamente privativos, lo que en rigor supone la transmisión de un bien de un patrimonio (privativo) a otro (ganancial) y no solamente un simple cambio de calificación del mismo. De ahí que, en el ámbito impositivo que ahora nos ocupa, no se esté en presencia de un supuesto de no sujeción, sino ante un supuesto de exención previsto expresamente en el art. 45.I.B.3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1993».

Y similares manifestaciones contienen las sentencias del mismo Tribunal y Sala de 22 de marzo de 1999, 7 de enero de 2003, 8 de octubre de 2003, 13 de octubre de 2003 y 14 de noviembre de 2003.

El mismo reconocimiento de la *causa matrimonii* ha sido dispensado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, cuya sentencia de 30 de julio de 2002 (JT 2002/1448) se manifestó en los siguientes términos: Desde la entrada en vigor de la reforma del Código Civil, realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, los cónyuges pueden transmitirse por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos, de ahí que las aportaciones de bienes privativos a la sociedad conyugal sean perfectamente admisibles, y así, el contrato de aportación de un bien privativo a la sociedad ganancial, ha de considerarse como un negocio jurídico equivalente a una transmisión patrimonial, en el que existe una *traditio* o entrega, aunque sea simbólica, y una causa, que ha de ser necesariamente la causa de sostener cargas matrimoniales (ad sustinenda oneri matrimonii), que como tal ha sido declarada exenta por el art. 45.I.B.3 del TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. En la presente ocasión, la aportación no tiene por finalidad la atribución de ganancialidad a los bienes aportados, la *iusta causa traditionis*, no es la causa matrimonii se ha producido una transmisión onerosa, pues a cambio de los bienes aportados a la sociedad de gananciales ésta se ha subrogado, solidariamente, en la condición jurídica de deudora. Antes del otorgamiento de la escritura pública de 30 de noviembre de 1995, el único deudor era el hoy actor, después comparte esa condición con la sociedad de gananciales. Existe, pues, una verdadera transmisión onerosa que enriquece el patrimonio del transmitente o aportante, el cual se resarce del valor de la entrega de su bien privativo (la vivienda), y, por ello,

no le resulta aplicable la exención contemplada por cuanto nos hallamos ante un negocio jurídico que excede la mera afectación de los bienes a la sociedad de gananciales».

De forma muy similar, la sentencia de la misma Sala y Tribunal de 29 de enero de 2003.

En cuanto a la exención del negocio de atribución, debe destacarse que gran parte del apogeo de la figura ha sido debido a que, mientras el desplazamiento en favor de la masa ganancial a través de un negocio típico da lugar al devengo del correspondiente tributo, el negocio de aportación goza de la exención recogida en el art. 45.I.B.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que libera del pago del impuesto a las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal (45).

Acerca de este punto merece advertirse que la aplicación de la exención al negocio analizado ha sido tradicionalmente discutida, pues la Administración Tributaria había venido defendiendo que, tras la reforma del Código Civil operada por Ley 13 mayo 1981, la exención solamente sería de aplicación en aquellos territorios de Derecho Foral (Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra) en los que se permite la aportación de bienes dotales y parafernales de la mujer a la sociedad conyugal, no siendo aplicable al negocio de atribución. No obstante, la cuestión fue resuelta por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 que, en un recurso de casación en interés de Ley señaló que la exención prevista en el art. 45.I.B del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 comprende todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal y, por tanto, también el negocio de atribución aquí tratado, criterio que ha tenido que ser adoptado por la Dirección General de Tributos, como se refleja en las contestaciones a las Consultas de 24 de enero de 2003 y de 9 de enero de 2004).

## Notas

(1) POVEDA BERNAL, Margarita, «Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, núm. 640, Madrid, 1997, pág. 822.

(2) PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, págs. 253 y 254.

(3) ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, RGLJ, 2.ª época, Tomo XI, Madrid, 1946, pág. 418.

(4) *Op. cit.*, pág. 255.

(5) PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos, *La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privatividad respecto de los bienes en los patrimonios conyugales y otras consideraciones*, BICNG, mayo de 1993, pág. 1231.

(6) LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, *La aportación de un bien a la sociedad conyugal*, RDP, Madrid, enero de 1995, pág. 30.

(7) OLIVARES JAMES, José M.ª, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo art. 1324 del Código Civil», *AAMN*, núm. XXV, Madrid, 1982, pág. 328.

(8) DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *BICNG*, separata 9, mayo de 1986, pág. 121.

(9) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial*, Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. 1, Madrid, 1988, pág. 245.

(10) GARRIDO CERDÁ, Emilio, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, núm. 115, Madrid, 1982.

(11) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Mutabilidad del régimen económico*, Libro Homenaje a Vallet de Goytisolo, Tomo V.

(12) CHICO Y ORTIZ, José M.ª, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *RCDI*, núm. 614, Madrid, 1993.

(13) *Op. cit.*, págs. 826 y 827.

(14) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «El concepto de causa en el negocio jurídico», *ADC*, Madrid, enero-marzo 1963, pág. 3.

(15) CAPITANT, Henry, *De la causa de las obligaciones*, trad. Eugenio Tarragato, ed. Góngora, Madrid.

(16) BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Martín Pérez, A., ed. Edersa, Madrid, 1955.

(17) CARRIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. Albaladejo, ed. Aguilar, Madrid, 1956.

(18) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La causa, RDP, Madrid, 1958, pág. 316.

(19) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, I*, Volumen 3, ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 215.

(20) *Op. cit.*, pág. 237.

(21) JORDANO BAREA, *La causa en el sistema del Código Civil español*, Centenario del Código Civil, I, Madrid, 1990, pág. 1.052.

(22) DE LOS MOZOS, José Luis, «La causa del negocio jurídico», *RDN*, julio-diciembre, Madrid, 1961, pág. 409.

(23) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, págs. 188 y 189.

(24) Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil, I*, ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 232 y ss.

(25) CARPIO GONZÁLEZ, *Aportación a la sociedad de ganancias (conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)*, BICNG, mayo de 1991, pág. 1208.

(26) ZUMALACÁREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977, pág. 365.

(27) CHICO ORTIZ, José M.ª, «Comentario a la resolución de 10 de marzo de 1989», *RCDI*, núm. 602, Madrid, 1991, págs. 221-235.

(28) *Op. cit.*, págs. 231 y 232.

(29) CHICO Y ORTIZ, José M.ª, «Comentario a la resolución de 26 de octubre de 1992», *RCDI*, núm. 616, Madrid, 1993, pág. 1051.

(30) *Op. cit.*, pág. 1231.

(31) NAVARRO VIÑUALES, José M.ª, «Comentario a la resolución de 21 de diciembre de 1998», *La Notaría*, 1999, núm. 1, págs. 444-447.

(32) NAVARRO VIÑUALES, José M.ª, «Comentario a la resolución de 8 de mayo de 2000», *La Notaría*, 2000, pág. 241.

(33) *Op. cit.*, pág. 240.

(34) *Op. cit.*, pág. 239.

(35) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, IV*, págs. 216-218.

(36) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular*, Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos Varios, Vol. II, Madrid, 1962, págs. 119-176.

(37) *Op. cit.*, pág. 868.

(38) *Op. cit.*, pág. 1208 y ss.

(39) *Op. cit.*, pág. 1232.

(40) GUTIÉRREZ BARRENGOA, Ainoa, *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, ed. Dykinson, Madrid, 2002, págs. 309 y ss.

(41) *Op. cit.*, pág. 29.

(42) *Op. cit.*, pág. 235.

(43) *Op. cit.*, pág. 292 y ss.

(44) *Op. cit.*, pág. 202.

(45) El art. 88.I.B.3 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprueba el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, prescribe que están exentas las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal.

En el artículo «Laboratorios acreditados. Un aval de confianza en las pruebas periciales de ADN», de Rosario Cospedal García, publicado el pasado 6 de octubre en el número 6565, existe un error por omisión del siguiente párrafo que, de acuerdo con el autor, debería haber sido incluido en la conclusión:

«En España no existe todavía una norma que establezca con alcance general la obligación de que los ensayos de ADN sean realizados por laboratorios acreditados, aunque el Anteproyecto de Ley de Bases de Datos Policiales sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN, aprobado el 8 de septiembre de 2006, puede representar un primer paso para dicho propósito. En el artículo 5 del citado Anteproyecto se establece que los análisis de ADN con los que se formarán los ficheros identificativos previstos en esa norma, deben realizarse necesariamente por laboratorios que cuenten con la acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)».



## Tribunal Supremo

# CASO CESID: CONFIRMACIÓN DE LA CONDENA IMPUESTA AL JEFE DEL «GABINETE DE ESCUCHAS» POR UN DELITO DE UTILIZACIÓN DE ARTIFICIOS TÉCNICOS DE ESCUCHA Y GRABACIÓN DEL SONIDO

1746—TS Sala Segunda, de lo Penal, S 27 Sep. 2006.—Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

**UTILIZACIÓN DE ARTIFICIOS DE ESCUCHA Y GRABACIÓN DEL SONIDO.—Conducta típica regulada en el artículo 192 bis CP 1973.—Derecho constitucional al secreto de las telecomunicaciones.—Escuchas y grabaciones de conversaciones privadas totalmente ajenas a la seguridad del Estado.**

No es cierto que esta Sala —en aplicación del art. 192 bis CP 1973— haya considerado como típicas únicamente las escuchas de conversaciones telefónicas transmitidas a través de los hilos telefónicos, mediante la instalación de artificios especialmente orientados a esta finalidad, pues ello supone una extrapolación de los argumentos dados en este sentido y una abstracción del resto de los fundamentos absolutorios. La protección penal de las comunicaciones telefónicas, cuyo secreto reconoce el art. 18.3 CE como una manifestación de la protección a la intimidad del individuo, no depende del modelo de teléfono utilizado en función de las posibilidades de la técnica en cada momento, pues es evidente que lo trascendente no es el tipo de aparato empleado sino la índole de la comunicación que a través del mismo se lleva a cabo. Y en el supuesto enjuiciado —caso *Cesid*—, la Unidad de Vigilancia del espacio radioeléctrico realizó, con el consentimiento de su responsable, reiteradas y extensas escuchas no autorizadas judicialmente sobre conversaciones privadas, que en nada se relacionaban con la seguridad y defensa del Estado.

**Error de prohibición.—Inapreciación.—Militar profesional con preparación específica para el cargo que no está amparado por la denuncia equivocada de obrar de manera lícita.—Responsable del «Gabinete de escuchas» del Cesid.**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil seis.

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Juan Alberto P. P., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), con fecha cuatro de Abril de dos mil cinco (LA LEY JURIS. 970/2005), en causa seguida contra el

mismo por un delito de utilización ilegal de artificios de escucha cometida por funcionario público, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Juan Alberto P. P., representado por el Procurador D. Antonio Albaladejo Martínez.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*— El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de utilización de artificios técnicos de escucha y grabación del sonido cometido por funcionario público del artículo 192 bis del Código Penal de 1973, vigente a la fecha de los hechos, a la pena de

El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de anti-juridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo: el primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal. Pues bien, en el caso de la sentencia impugnada, no puede aceptarse que el recurrente actuara en la lícita creencia de actuar con arreglo a Derecho. Para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución —con mayor razón si ostenta las responsabilidades que correspondían al acusado— es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del Cesid, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas. Esta Sala no puede excluir la legalidad de alguna de esas actuaciones puesto que el propio M.º Defensa emitió una nota acerca de la legitimidad de las actividades de vigilancia del espacio radioeléctrico. Sin embargo, el secreto de las comunicaciones telefónicas tiene reconocimiento constitucional y la interceptación de esa clase de conversaciones sin previa autorización judicial tiene carácter delictivo.

**Normas aplicadas:** art. 18.3 CE; art. 192bis CP 1973; art. 2 L 9/1968 de 5 Abr. (secretos oficiales); LO 7/1984 de 15 Oct. (tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas); LO 2/2002 de 6 May. (control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia) (LA LEY-LEG. 697/2002); RD 135/1984 de 25 Ene. (se reestructura el M.º de Defensa); art. 11 RD 2632/1985 de 27 Dic. (centro superior de información de la defensa. Estructura interna y Relaciones).

cuatro meses y un día de arresto mayor e inhabilitación absoluta por seis años y un día. Contra la sentencia interpone recurso de casación y en el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la violación del derecho a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías, al haberse dado validez a la declaración original formulada ante la Fiscalía de Madrid el 19 de junio de 1995 por el Sr. D. Emilio A. M. dado que en ella se revelaban aspectos clasificados como secretos que fueron después objeto de investigación judicial sin la previa autorización gubernamental. Precisa que si bien las diligencias se iniciaron por querrela de un particular, lo cierto es que los detalles de la actividad del Gabinete de escuchas del Cesid, su modo de funcionamiento, las identidades del personal a su servicio, los aparatos de los que disponía y sus responsables, aparecen por primera vez en esa declaración, afectando a materias clasificadas como secretas por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre

de 1986, obrante al Rollo de Sala, sin que conste autorización desclasificatoria, lo que determinaría la nulidad de las actuaciones judiciales subsiguientes, al constituir aquella actuación un delito de revelación de secretos. Señala que el citado acuerdo del Consejo de Ministros otorgaba «con carácter genérico la clasificación de secreto a: 4. La estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas». Y también se otorgó con carácter genérico la clasificación de reservado a: «1. Los destinos de personal de carácter especial». Sostiene que cuando los procedimientos en curso requieran la invasión de ámbitos protegidos por el secreto es preciso obtener previamente la autorización del Gobierno por la vía del artículo 187 de la LECrim. Ello sin perjuicio de la posibilidad de revisión judicial de la decisión gubernamental. En el caso, el objeto de la investigación incidía en el terreno de los medios y procedimientos operativos específicos del Cesid. La inexistencia de autorización del Gobierno provocaría como consecuencia la nulidad de todo lo actuado.

El recurrente plantea varias cuestiones. En primer lugar cuestiona si es posible utilizar, como elemento de investigación primero y probatorio después, cualquier material clasificado como secreto sin obtener previamente la desclasificación por medio de acuerdo de quien resulta competente para ello según la ley. Es decir, si la autoridad judicial puede por sí acceder a esa clase de material en el curso de un proceso penal. En segundo lugar, si el material utilizado en el caso está dentro de esa clasificación, citando en apoyo de la respuesta afirmativa el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986. Y en tercer lugar si la utilización de ese material sin la autorización o desclasificación previa provoca la nulidad de todas las actuaciones.

Las cuestiones planteadas en el recurso tienen una íntima relación con la existencia y el funcionamiento de los servicios de información, de inteligencia o servicios secretos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, así como con el alcance del control sobre los mismos, y muy específicamente cuando al amparo de esas funciones se cometen actos aparentemente delictivos. Aun cuando no sea éste el lugar para resolverla en su integridad, es pertinente hacer algunas consideraciones. No es preciso insistir aquí en la importancia que tales servicios revisten para la seguridad y defensa del Estado. También es claro que generalmente sus actividades no pueden ser presentadas al público de forma completa, pues en muchos aspectos de interés para el propio cumplimiento de sus fines legítimos, tal forma de proceder acarrearía su nula eficacia. Es pues aceptable un margen razonable de reserva sobre determinadas materias, lo cual se traduce en la limitación del acceso público a las mismas. En este sentido, el artículo 105.b) de la Constitución excluye el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos públicos cuando se trata de la seguridad y defensa del Estado, aun cuando no es el único supuesto, pues de forma paralela se establece en relación a cuanto afecta a la averiguación de los delitos o a la intimidad de las personas.

Asimismo es preciso admitir que el sacrificio de algunos derechos, o de aspectos parciales de los mismos, es necesario en ocasiones para garantizar la propia supervivencia del sistema democrático e incluso para asegurar a los ciudadanos la misma existencia y eficacia de aquellos derechos individuales. Pero también lo es que la existencia de una finalidad legítima, cuya satisfacción a todos beneficia, incluido el propio sistema democrático, no puede suponer la creación de espacios de impunidad para quienes contribuyen a alcanzarla, cuando en la utilización de esos medios o con abuso de los mismos, rebasan las fronteras de lo constitucionalmente admisible adentrándose en actuaciones de carácter delictivo. Tal situación de impunidad supondría en realidad la negación misma de todo aquello que justifica en un Estado democrático la existencia y actividad de esos servicios esenciales. El necesario equilibrio no puede alcanzarse negando un control real y eficaz de esa actividad, ni tampoco suprimiendo la exigencia de responsabilidades originadas por la eventual vulneración de los derechos más elementales del ciudadano. Ello no ha de suponer debilidad del Estado de Derecho, sino en realidad el reforzamiento del sistema en sus valores básicos, en cuanto expulsa del ámbito de las conductas aceptables aquellas que sean constitutivas de delito. Por otra parte, la eventual concurrencia de causas de justificación o de no exigibilidad de otra

conducta solo podría ser discutida y valorada cuando la investigación judicial pusiera de relieve alguna relación con la seguridad y defensa del Estado.

Puede argumentarse válidamente que la regulación de los secretos oficiales vigente en la época de los hechos excluía del conocimiento público, e incluso del que corresponde a los mismos jueces penales en la investigación de los delitos, determinadas materias que hubieran adquirido el carácter de «clasificadas» en virtud de la previa decisión del Gobierno. Pero éstas serían exclusivamente, según la ley, aquellas cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, (artículo 2 de la Ley 9/1968, de Secretos Oficiales, según redacción dada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre), y no cualesquiera otras. Establecida la competencia exclusiva del Consejo de Ministros y de la Junta de Jefes de Estado Mayor (en su momento) para realizar tal clasificación, puede concluirse que la obtención de esa clase de información por medio de canales oficiales por parte del Juez de Instrucción con la finalidad de utilizarla en el proceso penal como medio de investigación o de aportarla a la causa como medio de prueba, queda condicionada en principio a la previa desclasificación de la misma, acordada por quien tiene competencia para ello. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la STS de la Sala 3.ª de 4 de abril de 1997 (LA LEY JURIS. 5025/1997), en la que vino a entender que la ley de Secretos Oficiales, en cuanto establece limitaciones a la publicidad de la acción estatal en algunas materias en atención a la seguridad y defensa del Estado, no es contraria a la Constitución, y que la desclasificación del material reservado corresponde al Consejo de Ministros. Aun cuando la decisión pueda ser revisada por el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consecuentemente, cuando se trata de materias que afectan a la seguridad o defensa del Estado el Juez penal no puede imponer la desclasificación para obtener nuevos datos o para confirmar los ya obtenidos por otras vías.

Sin embargo, no son éstas las únicas consideraciones pertinentes. La Constitución establece en el artículo 9 que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que implica que aquellas funciones de inteligencia también lo están, en cuanto ejercidas por uno de los poderes del Estado. La importancia que revisten para su supervivencia [del Estado] no impide, sino todo lo contrario, dicha sujeción, y por lo tanto se reafirma la necesidad de su sujeción al control de los Tribunales en la forma que proceda.

Asimismo, la Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas salvo resolución judicial. Se trata, al igual que respecto a otros derechos individuales a los que la misma Constitución califica, junto al respeto a la ley, como fundamento del orden político y de la paz social, del reconocimiento de la existencia de áreas o espacios de privacidad, de libertad y de autonomía que corresponden al individuo frente al ejercicio del poder, respecto del cual, por su propia naturaleza, se hace imprescindible el establecimiento de límites, contrapesos y mecanismos de control. Es cierto, sin embargo, que no se trata de derechos absolutos. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de esta misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se han orientado, de conformidad con el artículo 10 de la Constitución, en la línea de lo dispuesto en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según el cual «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho [respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia] sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». Es decir, que, en definitiva, la restricción requiere en todo caso una previa previsión legal y además para el caso una justificación, y no desde luego cualquier justificación, sino aquella que pueda considerarse relacionada con las previstas en la ley.

A lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, en cuanto permite la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial que la acuerde conforme a la ley, hay que añadir las previsiones contenidas en el artículo 55, en el que se contempla la sus-

pensión de éste y de otros derechos en caso de declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución, o bien la suspensión del mismo de forma individual y para personas determinadas cuando lo prevea así una Ley Orgánica y se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, estableciendo a continuación, de forma terminante, que «la utilización abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes». Previsión que se corresponde con la exclusión de espacios de impunidad en un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución vigente.

De forma que ni siquiera una justificación genérica basada en el interés en salvaguardar la seguridad y defensa del Estado podría justificar la restricción de ese derecho sin una expresa previsión legal, la declaración de uno de los estados excepcionales antes mencionados o una previa autorización judicial para el caso concreto. Conclusión que viene avalada por la redacción del artículo 192 bis del Código Penal de 1973, después de la Ley Orgánica 7/1984, y por lo dispuesto en el artículo 198 en relación con el 197 del Código Penal vigente, que sancionan las intervenciones telefónicas ejecutadas sin previa autorización judicial, así como por las disposiciones de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, que constituye la última respuesta del legislador a estas cuestiones regulando la previa autorización judicial para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro Nacional de Inteligencia. Como complemento a estas normas, el artículo 11.1 del Real Decreto n.º 2632/1985, de 27 de diciembre, atribuye a la Jefatura de Apoyo Operativo del Cesid, cuya dirección correspondía al recurrente, la realización de «aquellas actividades que requieran medios, procedimientos o técnicas especiales y que estén previa y debidamente autorizadas», lo cual si bien se refiere sin duda a las autorizaciones internas que correspondan, no puede excluir las de naturaleza externa cuando la ley las prevea como necesarias.

De otro lado, las funciones que se le atribuían al Cesid en las disposiciones vigentes, de rango reglamentario, en la época de los hechos, están claramente orientadas a la finalidad de protección de la seguridad y defensa del Estado, de manera que no es posible sostener que cualquier actuación que pudiera llevar a cabo cualquier funcionario del Centro fuera a quedar automáticamente protegida por la declaración genérica de materia clasificada a que antes se hizo referencia. Por el contrario, ha de entenderse que quedarían excluidas aquellas que claramente excedieran de esas funciones, aun cuando se hubieran ejecutado aprovechando y abusando de los medios disponibles para las mismas.

Así, la Orden 135/1982, de 30 de setiembre, a la que se remitía expresamente el Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, estableció lo siguiente: «Artículo 1. El Centro Superior de Información de la Defensa es el órgano encargado de satisfacer las necesidades de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de las funciones de dirigir y coordinar la acción del Gobierno en materia de defensa, y del Ministro de Defensa para la ordenación y coordinación inmediatas de dicha política y la ejecución de la política militar. Artículo 2. El Centro Superior de Información de la Defensa depende orgánicamente del Ministro de Defensa. Artículo 3. Para el cumplimiento de las finalidades expuestas en el art. 1.º, le corresponden al Centro las siguientes misiones:

— Obtener, evaluar y difundir la información necesaria para prevenir cualquier peligro, amenaza o agresión exterior contra la independencia o integridad territorial de España y para asegurar sus intereses nacionales. Tal información abarcará los campos político, económico, tecnológico y militar.

— Oponerse al espionaje y a las actividades de los servicios de inteligencia extranjeros que atenten contra la seguridad o los intereses nacionales, mediante su prevención, detección y neutralización dentro y fuera del territorio nacional.

— Velar por la seguridad de la información, tecnología, procedimientos, objetivos e instalaciones de interés para la defensa, tanto propios como de los países

aliados de España, en lo que no sea de competencia directa de las Fuerzas Armadas.

— Obtener, evaluar y difundir la información relativa a los procesos internos que, mediante procedimientos anticonstitucionales, atenten contra la unidad de la Patria y la estabilidad de sus Instituciones fundamentales.

— Establecer y mantener los canales de relación que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades específicas».

Estas previsiones, junto con las contenidas en la regulación legal de los secretos oficiales, interpretadas todas ellas desde el punto de vista que impone la vigencia de las normas contenidas en la Constitución, en cuanto de un lado autorizan una razonable reserva en determinadas materias atinentes a la seguridad y defensa del Estado, y por otro lado reconocen derechos individuales básicos para la convivencia democrática, no pueden suponer que las conductas que claramente excedan la razón que justificó la declaración de material clasificado puedan estar amparadas en todo caso y de forma automática bajo los efectos que la ley reconoce a esa declaración, que, ha de insistirse en ello, vienen justificados exclusivamente por la necesidad de salvaguardar la seguridad y defensa del Estado, hasta el punto de obligar a ignorar su realidad y de llegar a provocar la nulidad de cualquier conocimiento que, por vías distintas a la previa desclasificación, pudiera adquirirse sobre hechos presuntamente delictivos cometidos en el ámbito del cumplimiento de las funciones propias de los organismos responsables.

Esto no significa que las sospechas del Juez de instrucción acerca de la comisión de un delito le autorice para imponer a la autoridad administrativa competente una desclasificación, legal o de hecho, de material clasificado. En la STS, Sala 3.ª, de 4 de abril de 1997 (LA LEY JURIS. 5025/1997), antes citada, también se afirmó que «el hecho de que los documentos obren en el sumario y hayan sido objeto de difusión por la prensa y otros medios, no ha alterado formalmente su naturaleza jurídica de declarados legalmente secretos». Si bien esto no supone que el Juez penal deba «olvidar» que tales datos han llegado a su conocimiento, sino que para ser completados con otros secretos o para obtener una confirmación oficial deben ser previamente desclasificados.

Pero las anteriores consideraciones permiten concluir que el conocimiento de una actividad delictiva por parte de los órganos competentes de la jurisdicción penal, impone al Juez su investigación con los materiales conocidos y a su alcance, y a los Tribunales su enjuiciamiento, sin que pueda aceptarse como punto de partida la existencia de espacios de impunidad, o de la necesidad de una autorización administrativa para la persecución de determinadas conductas delictivas. En este sentido ya se había pronunciado esta misma Sala en la STS n.º 224/2004, de 31 de marzo (LA LEY JURIS. 1037/2004).

En el caso, es preciso señalar con carácter previo que el aspecto de interés para el proceso penal ha sido la noticia de la intervención de comunicaciones telefónicas privadas entre particulares sin previa autorización judicial, atribuida en la querrela inicial al Cesid. Tal y como se acaba de decir, la noticia de la comisión de un delito obliga al Juez de Instrucción competente a actuar según prevé la ley de enjuiciamiento, averiguando la existencia del delito y, en su caso, identificando al delincuente. En el caso, no puede considerarse un secreto que los servicios de inteligencia intervienen en ocasiones comunicaciones telefónicas; aunque naturalmente deban hacerlo ajustándose a la ley.

Incoadas las diligencias penales, el conocimiento inicial de algunos datos penalmente relevantes se obtuvo a través de una declaración de quien en ese momento desempeñaba el cargo de Director del Cesid. Concretamente, en lo que aquí interesa, la confirmación de la existencia de escuchas de conversaciones privadas sin autorización judicial y la identificación de la persona responsable de la Unidad en la que tales comunicaciones eran interceptadas. El contenido de aquella declaración, como de las posteriores realizadas por la misma persona, revela que, con toda claridad, la razón que justifica esa manifestación del testigo se residencia en la convicción de que lo declarado se refiere a actos ejecutados por subordinados suyos que exceden de sus funciones y por lo tanto se encuentran fuera de las limitaciones a la publicidad que la regulación vigente,

entendida en sentido amplio, imponía al Centro. Es decir, en definitiva, que el cumplimiento de las funciones atribuidas al Cesid había sido aprovechado por sus funcionarios para la comisión de un aparente delito, lo cual, en la opinión de quien en ese momento ostentaba la responsabilidad de dirección del Centro, no podía constituir en ningún caso material clasificado al haberse acordado dicha clasificación de forma genérica, es decir, no referida a esos hechos concretos y determinados, y no afectar lo que fue comunicado de ninguna forma a la seguridad o defensa del Estado. Valoración que, por otra parte, no ha sido de ninguna manera rectificada con posterioridad por consideraciones suficientemente fundadas. En aquella declaración no se reveló, pues, y en lo que aquí interesa y ha sido utilizado en la causa, más que aquello directamente relacionado con la conducta que se consideró delictiva y que además se entendió implícitamente que no afectaba a la seguridad y defensa del Estado y que por lo tanto no merecía la consideración de material clasificado. Es decir, en definitiva, la existencia de una unidad responsable de las intervenciones telefónicas, y la identidad del responsable de la misma. Todo lo demás, tanto en lo que se refiere a otros aspectos del funcionamiento interno del Centro como a la identidad y demás datos de las personas que prestaban en él sus funciones, carece de interés para la causa y puede prescindirse de ello en su integridad sin que ello suponga una alteración necesaria del fallo de la sentencia impugnada.

No se trata en realidad de una desclasificación de hecho, sino del conocimiento por parte de las autoridades judiciales penales de unos hechos concretos relacionados de forma muy general con una materia clasificada como secreta, pero que en lo que se refiere a su entidad individualizada referida al contenido concreto de lo denunciado no puede ser considerada como tal, dado su carácter claramente delictivo y su nula relación con la seguridad y defensa del Estado. No se ha demostrado afectación alguna de la seguridad o defensa del Estado como consecuencia de la revelación de los hechos delictivos sancionados penalmente en la sentencia impugnada.

La posible incorrección sería en este caso concreto meramente formal, lo cual no puede impedir la realización de la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Es de notar que el acuerdo de clasificación es de una gran generalidad y debe entenderse que no cubre las acciones que tengan naturaleza delictiva, con menor razón aquellas cuyo conocimiento público no afecte concretamente a la seguridad y defensa del Estado. Que la denuncia, en lo que aquí interesa se refiere a la ejecución de una conducta que presentaba aspectos claramente delictivos, refiriéndose a la realización de escuchas de conversaciones privadas, no relacionadas con la seguridad y defensa del Estado, sin previa autorización judicial y a la persona del recurrente como responsable de las mismas. Y, finalmente, que el propio recurrente aportó, mediante su confesión, que fue corroborada por las declaraciones testimoniales, una de las pruebas esenciales tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia para entender enervada la presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria. En definitiva, no ha sido preciso acudir al material clasificado para dictar la sentencia.

Pretende el recurrente la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, según el cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, no se aprecia en la actuación del Juez instructor investigando los hechos denunciados o en la de la Audiencia Provincial al proceder a su enjuiciamiento sin una previa desclasificación por parte del Consejo de Ministros, la infracción de ningún derecho fundamental, que por otro lado, no ha sido identificado por el recurrente. En sentido similar la STC 69/2001, de 17 de marzo (LA LEY JURIS. 3270/2001), FJ 26.

Por lo tanto, ha de decirse que, con carácter general, el Juez de instrucción está obligado a investigar los delitos que se le denuncian en función de los datos que lleguen a su conocimiento. En segundo lugar, que para incorporar al proceso datos desconocidos hasta entonces o para acreditar los ya conocidos, no puede acceder directamente a material clasificado como secreto sin obtener previamente un acuerdo de desclasificación, sin perjuicio de la posibilidad de revisión jurisdiccional de la decisión que lo deniegue. En tercer lugar, que, en este caso, el material utilizado en la sentencia condenatoria no puede considerarse incluido dentro del clasificado como secreto, pues se refiere, en lo que interesa,

solamente a la ejecución de una conducta delictiva que excede las funciones encomendadas y a la persona del responsable, que además ha confesado los hechos. Y en cuarto lugar, que en el caso, la utilización de esos datos, en la medida en que han sido relevantes para el dictado de la sentencia que se impugna, por las mismas razones ya apuntadas no puede causar la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

*Segundo.*— En el motivo segundo, nuevamente al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes. El recurrente propuso, y le fueron denegadas, prueba documental consistente en traer a la causa las actas de cese del recurrente en el Cesid, las cuales carecen de la naturaleza de material clasificado, que acreditarían que no se produjo el relevo del mismo en el llamado Gabinete de Escuchas, en cuanto que a pesar de su minuciosidad no contienen referencia alguna a la unidad de vigilancia del espacio radioeléctrico, al haber sido traspasado con mucha anterioridad a otra responsabilidad, dejando de depender del Departamento de Acción Operativa, lo que podría afectar a la prescripción. Y la declaración de varios testigos para acreditar la conciencia de legalidad existente en relación a las actividades enjuiciadas así como sus frecuentes ausencias por razón del servicio; para que algunos de ellos (Miranda, Del Olmo y Calderón) ratificaran o rectificaran sus informes obrantes en la causa, y para confirmar el regular funcionamiento de la Unidad de Vigilancia del espacio radioeléctrico.

El derecho a defenderse de la acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento el derecho a utilizar medios de prueba tiene rango constitucional al venir reconocido expresamente en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1.º, ambos de la LECrim.

Consignientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba «pertinentes», de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 792.1 de la LECrim.). Aunque en esta materia son recomendables criterios flexibles, carece de justificación la práctica de pruebas cuya inutilidad se aprecia de antemano. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes [STC n.º 70/2002, de 3 de abril (LA LEY JURIS. 3534/2002)]. Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito [SSTC 50/1988, de 22 de marzo (LA LEY JURIS. 828602/1988); 357/1993, de 29 de noviembre (LA LEY JURIS. 2416-TC/1993); 131/1995, de 11 de septiembre (LA LEY JURIS. 2592-TC/1995) y 1/1996, de 15 de febrero (LA LEY JURIS. 1853/1996); 37/2000, de 14 de febrero (LA LEY JURIS. 5197/2000)].

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los requisitos materiales, a los que se refiere el recurrente, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone [STS n.º 1591/2001, de 10 de diciembre (LA LEY JURIS. 3081/2002) y STS n.º 976/2002, de 24 de mayo (LA LEY JURIS. 10104/2003)]; ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, [STS n.º 1289/1999, de 5 de marzo (LA LEY JURIS. 3897/1999)]; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

La revisión que compete a esta Sala del Tribunal Supremo en esta materia ha de ajustarse a dos perspectivas. De un lado, un análisis ex ante, en el sentido de que es preciso comprobar si el Tribunal de instancia, en atención a los elementos de los que disponía cuando decidió, actuó correctamente al denegar la prueba. De otro lado, un examen ex post, pues también es necesario verificar si, dado el resultado del juicio oral y el contenido de la sentencia, se justifica la anulación del plenario y de aquella para celebrar un nuevo juicio en el que se practicara la prueba indebidamente denegada. Pues es claro que carecería de sentido y justificación una decisión de esa clase si la prueba se pudiera considerar irrelevante en función de las ya valoradas en la sentencia.

El recurrente se refiere a una prueba documental que acreditaría que en las actas de cese nada se dice acerca de la unidad de vigilancia del espacio radioeléctrico. Tal prueba es claramente innecesaria. En primer lugar porque el silencio del acta en ese punto no puede acreditar la fecha en que cesaron esas actividades bajo la responsabilidad del recurrente, como, en rigor, no puede acreditar que tal interrupción se produjo. En segundo lugar, porque ese extremo, en relación con la dirección del recurrente hasta al menos 1990 en que se acredita una de las conversaciones indebidamente intervenidas mencionadas en la sentencia, queda acreditado no solo por su propia declaración, en la que no negó los hechos, sino además por la de los testigos que la sentencia menciona y a los que el propio recurrente se refiere en el motivo (Sres. L. F., N. y N.), «que situaron al cambio de adscripción con posterioridad al cese del Sr. P.» (sic).

Se refiere asimismo a prueba testifical, cuyo objeto era en primer lugar, acreditar la conciencia de licitud en la que se desarrollaba la actividad. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca del error de prohibición, aunque puede adelantarse que no será apreciado, la conducta que se declara probada en la sentencia impugnada se concreta en la realización de escuchas telefónicas sin previa autorización judicial, conducta que en la época, al igual que ocurre en la actualidad, era constitutiva de delito. A mayor abundamiento, es de tener en cuenta que se trataba de conversaciones privadas sin relación alguna con las funciones propias del Cesid. La existencia de otras personas que, en contra de todo criterio razonablemente fundado en la Constitución o en la ley, pudieran sostener que tal conducta estaba legalmente permitida en nada afectaría a la responsabilidad penal del recurrente, que disponía de la suficiente información, o en todo caso de la posibilidad de obtenerla, para entender que actuaba fuera de la ley. Se trata, por lo tanto, de testimonios irrelevantes. Tampoco es trascendente el hecho de que se demostraran ausencias del recurrente en su puesto, pues en nada afectaría a su responsabilidad en la ejecución de la conducta típica.

Otros testigos fueron propuestos para ratificar o rectificar sus informes obrantes en la causa, pero no se precisa en el motivo el contenido de los mismos ni su trascendencia para la causa, de manera que pueda valorarse la posible influencia de su declaración en el fallo de la sentencia de instancia.

Y, finalmente, otros lo fueron para que prestaran declaración acerca del regular funcionamiento de la Unidad de Vigilancia del espacio radioeléctrico, lo cual tampoco resulta relevante en función de los hechos probados y de su calificación jurídica, pues un funcionamiento regular, es decir, una repetición de la conducta típica, no solo no modifica su calificación, sino que es presupuesto de los hechos declarados probados en la sentencia.

Por todo ello, el motivo se desestima.

*Tercero.*— En el tercer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia. Argumenta que la sentencia articula la relación de hechos probados (existencia de escuchas concretas a personas identificadas en fechas específicas y conservación de las cintas que a ellos afectan) exclusivamente sobre el testimonio contradictorio y contradictivo de un coimputado fallecido y un estadillo plagado de errores y contradicciones, lo que supone la ausencia de prueba de cargo suficiente.

El derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La prueba única, aun cuando sea válida para enervar la presunción de inocencia, suscita algunas reticencias. Es prudente la búsqueda de otras pruebas, o al menos, de elementos de corroboración que refuercen el proceso valorativo en la dirección indicada por aquella.

En el caso, la sentencia establece como prueba principal la confesión del acusado, en cuanto reconoció los hechos, aun cuando pretendió cobijarlos bajo un error de prohibición invencible. A esa prueba añade, en su detallada argumentación, en primer lugar la prueba testifical coincidente con aquella confesión en cuanto a la existencia de las escuchas, a la ausencia de previa autorización judicial, y a la responsabilidad del acusado como jefe del Departamento de Acción Operativa del que dependía el Gabinete de escuchas; y en segundo lugar la documental constituida por el llamado estadillo y por las cintas en las que aparecen recogidas las conversaciones que se citan en la sentencia. Por lo tanto no es exacto, como se alega en el motivo que el Tribunal se haya basado solamente en una prueba testifical y en un estadillo.

Ha existido, pues, prueba de cargo válida y ello determina la desestimación del motivo.

*Cuarto.*— En el cuarto motivo, con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia infracción del artículo 192 bis del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1984, en relación con el principio de no retroactividad penal e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La sentencia tipifica los hechos ocurridos en 1986 y 1990 conforme al citado artículo, cuando la STS de 8 de julio de 1992 (LA LEY JURIS. 1567-5/1993) había interpretado ese precepto como solo comprensivo de las conversaciones transmitidas por los hilos telefónicos mediante la instalación de artificios especialmente orientados a esa finalidad, de forma que se ha aplicado un cambio jurisprudencial retroactivamente en perjuicio del reo.

La cuestión del efecto retroactivo de la jurisprudencia y su legitimidad es una cuestión de indudable interés, que no siempre ha encontrado una respuesta uniforme. Es indudable que una decisión jurisdiccional supone en alguna medida una interpretación de los preceptos aplicados que por su propia naturaleza se produce tiempo después de la comisión de los hechos. Ello implica la aplicación de una determinada interpretación de la ley penal a un hecho ocurrido con anterioridad, de manera que su autor, al ejecutarlo, podría no disponer de un criterio consolidado del Tribunal. En realidad, solo podía ajustar su conducta a la ley. En este sentido, el principio de legalidad no se refiere a la jurisprudencia. Aunque parece evidente que una interpretación extravagante de la ley, absolutamente imprevisible, no podría ser aceptada por irrazonable.

De todas formas, dadas las características del asunto planteado, es una cuestión que no es necesario resolver ahora.

Con carácter previo ha de señalarse que cuando ocurren los hechos, la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1992 (LA LEY JURIS. 1567-5/1993) que se cita como apoyo de la alegación, aun no había sido dictada, por lo que no es posible establecer que la doctrina que en ella se contiene era aplicable a los hechos en el momento de su ejecución para luego continuar la argumentación negando la aplicabilidad de una jurisprudencia posterior. Dicho de otra forma, el acusado no pudo apoyarse al ejecutar los hechos en el criterio que según dice se contiene en la STS de 1992 (LA LEY JURIS. 1567-5/1993) que cita. Así pues, un posible cambio jurisprudencial ocurrido en la materia desde 1992 a 2005 sería irrelevante a los efectos alegados.

En segundo lugar, la sentencia citada en el motivo no afirma realmente lo que el recurrente dice, es decir, no establece que el artículo 192 bis del Código Penal solamente tipifique las escuchas de conversaciones telefónicas transmitidas a través de los hilos telefónicos. Aunque esa expresión se contenga en su argumentación, no puede ser extrapolada para ser empleada con abstracción del resto de la fundamentación de la sen-

tencia, en la que la razón de la absolución del condenado en la instancia no es que su conducta, consistente en interceptar una conversación privada de forma casual al utilizar un teléfono inalámbrico, no sea típica dado el teléfono empleado, sino que entiende que se trata de un acto casual no encaminado a la interceptación de la comunicación. Así, se argumenta que «La interceptación de las comunicaciones telefónicas es un acto directamente encaminado a interferirse en las conversaciones ajenas con objeto de conocer su contenido. El acto de interceptación es eminentemente doloso y supone la puesta en marcha de mecanismos o artificios que sirvan expresamente para los fines perseguidos. No basta con la mera u ocasional escucha producida cuando el usuario de un determinado teléfono oye casualmente una conversación de otros dos interlocutores debido a defectos técnicos de la infraestructura telefónica o por las especiales características del tipo de teléfono utilizado. Existen teléfonos inalámbricos conectados a los aparatos convencionales que pueden captar con mayor facilidad un posible cruce de líneas, circunstancia que no es inusual en el funcionamiento de las instalaciones telefónicas. El usuario o titular de ese modelo de teléfono no lo instala con el propósito definido de captar o interferirse en una determinada conversación, sino para obtener una mayor facilidad o comodidad en el uso y manejo del servicio telefónico. No se trata de un aparato de escucha maliciosamente instalado para escuchar conversaciones ajenas, sino de un teléfono comercializado habitualmente por la compañía que explota el servicio telefónico y que no constituye por sí un artificio técnico de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, ni está destinado a la interceptación de las conversaciones telefónicas. 3.— Por otro lado, el legislador ha utilizado el término interceptar con una cierta incorrección lingüística ya que su significado gramatical supone el apoderamiento de una cosa o comunicación impidiendo que llegue a su destino. En el caso presente nos encontramos ante un supuesto de escucha involuntaria de una conversación entre terceros sin que el sujeto activo haya instalado consciente y deliberadamente aparatos o artificios destinados a captar las conversaciones ajenas. La acción de comunicar la conversación así escuchada a una tercera persona puede ser reprochada social y éticamente como un acto indiscreto y maledicente, pero no tiene un específico encaje legal en el tipo aplicado por la Sala sentenciadora que exige, como ya se ha dicho, un ánimo o propósito directo y malicioso de captar conversaciones transmitidas por los hilos telefónicos mediante la instalación de artificios técnicos especialmente orientados a esta finalidad».

Nada se dice en esta argumentación que sea contrario a la protección penal de las comunicaciones telefónicas, cuyo secreto reconoce el artículo 18.3 de la Constitución como una manifestación de la protección a la intimidad del individuo, ni tampoco se exige en ella con carácter general que las comunicaciones telefónicas, para serlo, dependan del modelo de teléfono utilizado en función de las posibilidades de la técnica en cada momento, pues es evidente que lo trascendente no es el tipo de aparato empleado sino la índole de la comunicación que a través del mismo se lleva a cabo. El hecho enjuiciado en aquel proceso nada tiene que ver con el presente caso, en que se ha demostrado la ejecución permanente y reiterada de escuchas extensas no autorizadas judicialmente sobre conversaciones privadas que en nada se relacionaban con la seguridad y defensa del Estado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

*Quinto.*— En el quinto y último motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la existencia de un error invencible del artículo 6 bis a del Código Penal, consistente en la creencia de estar actuando lícitamente. Señala que el condenado y todos los testigos antes coimputados han venido a coincidir en el reconocimiento de los hechos y han alegado su conciencia de la licitud respecto de la actividad que se les imputaba. Se refiere también a una nota del Ministerio de Defensa publicada en un periódico nacional el 13 de junio de 1995, obrante al folio 17 de las actuaciones, en la que se reconoció la existencia de la actividad de vigilancia del espacio radioeléctrico añadiendo que en los años ochenta tal actividad no se consideraba delictiva.

En el inicio de la argumentación del motivo, acepta expresamente el recurrente su reconocimiento de los hechos, corroborado por la declaración de otros testigos, antes coimputados, si bien insiste en su creencia de estar actuando lícitamente.

El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal.

Decíamos en la STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre (LA LEY JURIS. 10089/1997) que: a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho [Sentencia de 29 noviembre 1994 (LA LEY JURIS. 16542-R/1995)], de la misma manera y en otras palabras [Sentencia de 16 marzo 1994 (LA LEY JURIS. 2931/1994)], que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. [STS n.º 302/2003 (LA LEY JURIS. 1330125/2003)].

No es suficiente con su mera alegación, sino que es preciso que su realidad resulte de las circunstancias del caso. En relación con los hechos típicos declarados probados en la sentencia impugnada, no puede aceptarse que el recurrente actuara en la lícita creencia de actuar con arreglo a Derecho. Para cualquier funcionario público con un conocimiento mínimo de los valores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, con mayor razón si ostenta las responsabilidades que correspondi-

an al acusado, es evidente que la naturaleza secreta de las actividades del Centro, orientadas a asegurar la defensa y seguridad del Estado, no podían permitir con carácter general la ejecución de escuchas telefónicas de conversaciones privadas que, por vías de hecho, y solo amparadas en la decisión oculta de unos pocos, vinieran a suponer el establecimiento de la misma situación que conllevaría, respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la adopción y efectividad de las previsiones contempladas en el artículo 55 de la propia Constitución. Tampoco puede aceptarse en esos casos no ya un desconocimiento absoluto de las previsiones del Código Penal en cuanto a la intervención de las comunicaciones telefónicas, sino una creencia firme en sentido contrario. Poco importa a estos efectos que otras personas se ampararan en una similar construcción del error para explicar sus actividades, pues en su caso no disminuiría la responsabilidad del acusado respecto de su propia conducta.

Se alega que el propio Ministerio de Defensa emitió una nota acerca de la legitimidad de las actividades de vigilancia del espacio radioeléctrico. Esta Sala desconoce cuáles eran las actividades concretas de vigilancia del espacio radioeléctrico que eran de posible ejecución utilizando la técnica disponible en la fecha en que fue emitida la referida nota del Ministerio de Defensa, y por lo tanto no puede excluir la legalidad de alguna de esas actuaciones. Sin embargo es claro que el secreto de las comunicaciones telefónicas estaba reconocido constitucionalmente y que la conducta consistente en la interceptación de esa clase

de comunicaciones sin previa autorización judicial tenía carácter delictivo, según el artículo 192 bis del Código Penal, en la fecha de los hechos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

#### FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Juan Alberto P. P., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), con fecha cuatro de abril de dos mil cinco, en causa seguida contra el mismo por un delito de utilización ilegal de artificios de escucha cometida por funcionario público.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Juan Saavedra Ruiz.— Siro Francisco García Pérez.— Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.— Francisco Monterde Ferrer.— Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## La sentencia del día



### CARÁCTER RESERVABLE DE LOS BIENES IMPUTADOS A LA LEGÍTIMA

1708—TS Sala Primera, de lo Civil, S 25 Sep. 2006.—Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

#### SUCESIÓN.—Reserva lineal.—Ámbito.—Comprende toda la sucesión: testada, intestada y forzosa.

La reserva lineal, contemplada en el art. 811 CC, es considerada por la jurisprudencia como un beneficio otorgado por motivos familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas. Responde a una fuerte convicción persistente en el ánimo del legislador en evitación quizá de eventuales fraudes o contubernios. En el caso, se produjo una primera transmisión por título lucrativo del padre al hijo, causante de la reserva, recibida por sucesión testada e imputada a su legítima estricta; una segunda transmisión, por sucesión y por ministerio de la Ley, al ser sucesión intestada, del anterior causante de la reserva a su madre, la reservista; los bienes objeto de una y otra transmisión son objeto de reserva a favor de la pariente de la línea de donde los bienes proceden, es decir, la hija de aquel primer causante, testador, y se producirá la tercera transmisión

a favor de ella, como reservataria, cuando fallezca la reservista. Ésta considera que los bienes que recibió el hijo —causante de la reserva— de su padre forman su legítima estricta y, por tanto, no son reservables; asimismo, la mitad de tales bienes los percibió la reservista como legítima de los ascendientes —arts. 809 y 810 CC—, por lo que igualmente no son reservables. Sin embargo, no es así. La reserva lineal exige que la primera transmisión sea a título lucrativo y la segunda, sucesoria y por ministerio de la ley. Una y otra comprenden la sucesión toda: testada, intestada y la forzosa; el texto legal no la excluye y el intérprete no puede distinguir donde la ley no distingue; además, no hay argumento alguno que permita eliminar la legítima del objeto de reserva, ya que se ha producido una transmisión a título gratuito y por ministerio de la ley (Cfr. TS 1.ª S 2 Ene. 1929).

**Normas aplicadas:** arts. 809, 810, 811 y 1252 CC.

En la Villa de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, (LA LEY JURIS. 409682/1999) como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gijón, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Antonio de Palma de Villalón, en nombre y representación de D.ª Ángeles N. M., defendida por el Letrado D. Agustín J. Antuña; siendo parte recurrida el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer, en nombre y representación de D.ª María Margarita M. Z., defendida por la Letrada D.ª Rita González Pena.

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*— Se plantean en el presente recurso de casación tan sólo dos cuestiones jurídicas, una de Derecho civil cual es la reserva lineal ex artículo 811 del Código Civil y otra de Derecho procesal, la excepción de cosa juzgada.

La *quaestio facti* que sirve de antecedente a las anteriores y sobre la que no media confrontación alguna, parte del testamento abierto que otorgó el causante D. Ezquiel M. G. (padre de la demandante en la instancia D.ª M.ª Margarita M. Z. y esposo, separado legalmente, de la demandada y recurrente en casación D.ª Ángeles N. M.) en fecha 29 de noviembre de 1989. En él instituyó herederos a su hija, la mencionada demandante y a su hijo matrimonial D. José Antonio M. N., haciendo en el mismo testamento partición de los bienes, adjudicándolos a la primera en concepto de legítima con mejora y tercio de libre disposición y al segundo como legítima estricta que si no quedaba cubierta la completaría la anterior, su hermanastra, en metálico:

sobre el tema de la legítima no se plantea cuestión alguna. En fecha 27 de febrero de 1990 falleció dicho testador y se produjo la delación de la herencia; tres años más tarde falleció su hijo y coheredero José Antonio. A éste le sucedió *ab intestato* su madre, la mencionada D.ª Ángeles N. Se practicó la partición de la herencia en juicio de testamentaria y más tarde, D.ª María Margarita M. Z. formuló demanda impugnando el cuaderno particional; recayó sentencia de fecha 3 de junio de 1996.

Posteriormente, en fecha 16 de abril de 1998 presentó nueva demanda rectora de los presentes autos interesando la declaración de que tienen el carácter de reservables —como reserva lineal prevista en el artículo 811 del Código Civil— los bienes que la madre, demandada y recurrente en casación, D.ª Ángeles N., había heredado en sucesión intestada de su hijo fallecido D. José Antonio M. N. y que éste, a su vez, había adquirido por título lucrativo —herencia— de su padre; asimismo interesó las garantías que prevé el artículo 184 de la Ley Hipotecaria.

Recayó sentencia, objeto de este recurso de casación, de la Audiencia Provincial, Sección 6.ª de Oviedo que dio lugar a ambos pedimentos, con la excepción de garantías relativas a numerario, a lo que se ha aquietado la demandante. La demandada, que había sido esposa del testador, madre del causante de la reserva, su hijo y que no es madre de la demandante, ha interpuesto el presente recurso de casación en el que plantea dos cuestiones, una y otra de carácter jurídico: la no aplicación de la norma de la reserva lineal (motivo cuarto) y la excepción de cosa juzgada (motivos primero, segundo y tercero).

**Segundo.**— La reserva lineal, contemplada en el artículo 811 del Código Civil ha sido objeto de profusa doctrina, alguna muy reciente y reiterada jurisprudencia, incluso sentencias bien modernas. Esta la considera un beneficio otorgado por consideraciones familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas (sentencias de 30 de diciembre de 1987 y 16 de enero de 1901 citadas por la de 22 de marzo de 1986), (LA LEY JURIS. 7715-R/1986) cuyo contenido moral y de respeto a la familia de la línea de procedencia de los bienes ... responde a una fuerte convicción persistente en el ánimo del legislador en evitación quizá de eventuales fraudes o contubernios (sentencia de 11 de octubre de 1989); (LA LEY JURIS. 127017-NS/0000) no deja margen a la autonomía de la voluntad del reservista (sentencia de 4 de junio de 1987) (LA LEY JURIS. 9345-R/1987) y se actúa automáticamente, una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que son determinados en ese preciso momento (sentencia de 9 de enero de 1991). (LA LEY JURIS. 2232/1991)

Aplicando la normativa, doctrina y jurisprudencia al caso concreto, vemos:

— una primera transmisión por título lucrativo, al causante de la reserva, el hijo D. José Antonio M. N., recibida por sucesión testada e imputada a su legítima estricta, de su padre;

— una segunda transmisión, por sucesión y por ministerio de la Ley, al ser sucesión intestada, del anterior causante de la reserva a su madre D.ª Angeles N., que será reservista;

— los bienes objeto de una y otra transmisión son objeto de reserva a favor de la pariente de la línea de donde los bienes proceden, es decir, la hija, D.ª M.ª Margarita M., de aquel primer causante, testador y se producirá la tercera transmisión a favor de ella, como reservataria, cuando fallezca la reservista.

**Tercero.**— Por ello, se rechaza el motivo cuarto del recurso de casación que ha formulado la demandada en la instancia, reservista, al amparo del artículo 1692, n.º 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 811 del Código Civil. La alegación que forma este motivo se centra en que los bienes que recibió el hijo (causante de la reserva) de su padre (es decir, la primera transmisión) forman su legítima estricta y, por tanto no son reservables; asimismo, la mitad de tales bienes los percibió la reservista (segunda transmisión) como legítima de los ascendientes (artículo 809 y 810) por lo que igualmente no son reservables.

No es así. La reserva lineal exige que la primera transmisión sea a título lucrativo y la segunda, sucesoria y por ministerio de la ley. Una y otra comprenden la sucesión toda: testada, intestada y la forzosa; el texto legal no la excluye y el intérprete no puede distinguir donde la ley no distingue; además, no hay argumento alguno que permita eliminar la legítima del objeto de reserva, ya que se ha producido una transmisión a título gratuito (evidentemente, no onerosa) y por (clarísimo) ministerio de la ley.

Este criterio lo mantuvo la sentencia de 2 de enero de 1929, criterio que ahora se reitera formando jurisprudencia, que complementa el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil) que dice, literalmente:

«la frase “por ministerio de la ley”, contenida en dicho artículo, puede y debe nacer —si concurren los demás requisitos que el artículo exige—, lo mismo si se trata de la herencia o sucesión intestada que de la testada, siendo esta interpretación de la jurisprudencia y de los tratadistas muy acertada y razonable, toda vez que como en la sucesión del ascendiente al descendiente, ora sea por testamento, ora *ab intestato*, se comprende necesariamente la legítima, no porque la voluntad del descendiente coincida con su obligación de dejar al ascendiente dicha legítima, y al testar le nombre heredero de todo o la mayor parte de su caudal, ha de privarse de

este derecho a quien legítimamente lo tiene, máxime, si se trata, como acontece en este caso de este recurso, del hijo con respecto a su madre, a quien es natural que tenga y guarde toda la consideración, todo el respeto que engendra el cariño y que son propios de ese vínculo, tan santo y tan estrecho que entre madre e hijo existe y porque, además, si fuera de otro modo, si no fuese lícita, esa justa determinación del espíritu, sobre ser ello contrario a la naturaleza, entrañaría asimismo el peligro de que de modo harto fácil y hacedero pudiera burlarse el principio que informa el repetido artículo 811 del Código, que no es otro que el propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas a. aquellas de quienes procedan, toda vez que bastaría que un descendiente nombrase en testamento a su ascendiente heredero para que éste no tuviese la obligación de reservar, ya que entonces habrían perdido el carácter de reservables los bienes.»

Por ello, los bienes tienen el carácter de reservables y la reservataria, D.ª M.ª Margarita M. tiene (no el derecho actual a percibirlos, como había pedido y le había sido denegado en un proceso anterior) sino una esperanza o expectativa de derecho (sentencia de 21 de marzo de 1912), derecho expectante de reserva (sentencia de 31 de octubre de 1964), mera expectativa asegurada (sentencia de 17 de junio de 1987): en definitiva, una expectativa jurídicamente protegida (como decía la sentencia de 26 de marzo de 1960) que dará derecho a la reservataria a adquirir los bienes, a la muerte de la reservista y si le sobrevive; es decir, es titular de los bienes reservables, sujeta a la condición suspensiva de sobrevivir a la reservista (lo que recalca la sentencia de 21 de diciembre de 1989). (LA LEY JURIS. 1578-JF/0000) Mientras tanto, puede exigir las garantías que contempla el artículo 184 de la Ley Hipotecaria.

**Cuarto.**— Los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación se refieren a la cosa juzgada, respecto al juicio de testamentaria que dio lugar al cuaderno particional impugnado (motivo primero), respecto a la oposición a las operaciones particionales (motivo segundo) y respecto a la sentencia de 3 de junio de 1996 dictada en aquel proceso de impugnación (motivo tercero).

Hay que partir del concepto de cosa juzgada que recoge la sentencia de 8 de mayo de 2006 (LA LEY JURIS. 2292696/2006) resumiendo la doctrina jurisprudencial: «tiene la función negativa o excluyente, que responde al principio general del Derecho *non bis in idem* y evita la multiplicidad de procesos sobre el mismo objeto y alcanza su eficacia a las partes en el proceso en que se ha dictado la primera sentencia y va a dictarse la segunda, que deben ser los mismos (límite subjetivo), a la misma acción ejercitada en ambos procesos (límite objetivo) y sin alcanzar a hechos nuevos producidos tras el primer proceso, se da la preclusión para las partes de la alegación eficaz de hechos que no sean posteriores (límite temporal).»

Y hay que partir también de que el juicio de testamentaria no produce cosa juzgada, como tampoco puede dar lugar a litispendencia. Así lo expresa la sentencia de 1 de junio de 2005 (LA LEY JURIS. 2016808/2005) al decir: «El problema que se plantea es si, como en el presente caso, el juicio voluntario de testamentaria puede dar lugar a litispendencia en un proceso declarativo posterior. Para tal excepción se exige que el primer procedimiento haya de finalizar con sentencia con plenos efectos de cosa juzgada; y añade: «la litispendencia parte de la necesidad de que el primer procedimiento finalice con sentencia con plenos efectos de cosa juzgada. Por lo cual no opera cuando media un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como es la partición judicial de la herencia; incluso cuando dogmáticamente se mantiene que la partición de la herencia pertenece a la jurisdicción contenciosa, se acepta que la inclusión de bienes en el inventario, cuando surge la controversia sobre ello, se haya de llevar a un proceso ordinario.»

Por último hay que recordar el texto esencial sobre cosa juzgada, que es el artículo 1252, primer párrafo, del Código Civil: «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.»

**Quinto.**— La demanda rectora del proceso que hoy se halla en casación, contiene un suplico muy concreto, como se ha apuntado y en los antecedentes se ha transcrito: la declaración de bienes reservables y la reclama-

ción de garantías; éste, a su vez, ha sido el concreto objeto del fallo de la sentencia recurrida.

En el juicio de testamentaria y en el cuaderno particional no se hace ni siquiera mención de una y otra cuestión; en consonancia con ello, cuando se peticiona en sendos escritos la declaración de reservables, no se atiende a tal pretensión por no ser cuestión objeto del mismo. En el proceso de menor cuantía, en su demanda no se interesó ello, sino, en relación con este tema, se pidió que se adjudique a la demandante, D.ª M.ª Margarita M. «la totalidad del haber correspondiente a (su hermano) Don José Antonio M. N., en concepto de reserva a su favor», es decir, no se pidió la declaración de bienes reservables, sino la adjudicación directa de los mismos. En la sentencia de 3 de junio de 1996 dictada en tal proceso, simplemente se desestima este pedimento de la demanda; en sus fundamentos de derecho se razona acertadamente que el artículo 811 del Código Civil no fundamenta una adjudicación directa de los bienes reservables y parte de que si lo son pero no cabe tal adjudicación, aunque no se declara que son reservables en el fallo porque no se ha pedido.

En consecuencia, no hay cosa juzgada. No se infringe el artículo 1252 del Código Civil en relación con el artículo 1085 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia, como se alega en el motivo primero, formulado al amparo del número 4.º artículo 1692 de esta última ley, motivo que se desestima porque si el juicio de testamentaria, como se ha dicho, no produce litispendencia ni cosa juzgada, menos la producirán sendas Providencias dictadas en el mismo, tanto más cuanto desestimaron la petición de la declaración de bienes reservables, por no ser tal cuestión objeto del juicio de testamentaria; lo que es claro es que no es esencial que en tal juicio se pida y se haga la declaración de que unos bienes son reservables, tanto más si hay oposición de parte. Por ello, ese motivo se desestima.

Tampoco se infringe, como se alega en el motivo segundo, formulado también al amparo del número 4.º artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia de esta Sala sobre el transcurso del plazo para la oposición a las operaciones particionales tras el auto aprobatorio de las mismas y la reproducción de cuestiones ya resueltas, «debido al obstáculo de la cosa juzgada. No hay tal infracción y el motivo se desestima, porque ni se ha formulado oposición a las operaciones particionales, ni se han reproducido cuestiones ya resueltas; sencillamente, se ha formulado la demanda interesando una declaración de que unos bienes son reservables, que no había sido objeto de la testamentaria, por lo que no se admitieron en el mismo las peticiones de declaración de que lo eran, ni procedía por tanto oposición alguna, ni eran cuestiones ya resueltas. No hubo —contra lo que se expone en el motivo— ni reproducción, ni revisión, ni impugnación; ha habido una petición de declaración de bienes reservables que no había sido objeto del juicio de testamentaria, ni del posterior proceso de menor cuantía de impugnación del cuaderno particional. Por ello, también este motivo se desestima.

Tampoco hay cosa juzgada respecto a la sentencia de 3 de junio de 1996, como se alega en el motivo tercero, también formulado al amparo del número 4.º artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ya se ha apuntado, en dicha sentencia no se resuelve ni se menciona tal cuestión, sencillamente porque no se pidió en el suplico de la demanda; de hacerlo, hubiera incurrido en incongruencia. En tal suplico se interesó una adjudicación directa de bienes en concepto de reserva, cuya adjudicación fue desestimada en el fallo de aquella sentencia, lo que es ajustado a derecho, si bien en sus fundamentos de derecho sí se expresa que son bienes reservables, cuya declaración de tal no se había pedido y cuya adjudicación no procedía. Por tanto, no hay cosa juzgada entre aquella sentencia y ésta, la recurrida en casación: esta última resuelve acertadamente lo que no se pidió ni resolvió en aquella, que es la declaración de bienes reservables.

**Quinto (sic).**— Por ello, procede desestimar los motivos del recurso de casación, declarar no haber lugar a éste y condenar en costas a la parte recurrente, por imperativo legal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Primero.— QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO

DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Antonio de Palma de Villalón, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Ángeles N. M., respecto a la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha 11 de octubre de 1999, que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.— Se condena a la parte recurrente en las costas causadas por su recurso.

Tercero.— Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.—XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.—JOSE ALMAGRO NOSETE.—RUBRICADOS.



## Tribunal Supremo

### LIMITACIÓN UNILATERAL POR TELEFÓNICA DE LOS CAMBIOS DE TURNO DE SU PERSONAL COMERCIAL

1685 —TS Sala Cuarta, de lo Social, S 5 Jul. 2006.—Ponente: Sampedro Corral, Mariano.

**JORNADA LABORAL.—Turnos de trabajo.—Implantación unilateral por la empresa de un sistema de organización que limita los cambios de turno de su personal comercial.—Actuación contraria a lo pactado en convenio.**

No obstante la oposición de los representantes de los trabajadores, la empresa demandada ha venido imponiendo límites cuantitativos a su personal comercial en orden a la concesión de cambios de turno —y denegando correlativamente peticiones cuando ya se han alcanzado tales topes— con fundamento que enlaza con el concepto de «necesidades de servicio», según es definido por la misma, y la garantía del modelo de atención comercial basado en equipos homogéneos y estables. El art. 110 de la Normativa Laboral de Telefónica, de 1994, no contiene limitación numérica alguna a la petición de cambios de turno por parte de los trabajadores afectados, y tampoco cuando se trata de grupos o equipos estables, pues aun cuando todos sus integrantes realizarán, con carácter general, el mismo turno de trabajo según la cláusula 5.<sup>a</sup> R Trabajo 19 Nov. 1999 (Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, SAU»), ésta prevé asimismo la existencia de «eventuales cambios de turno para atender las necesidades puntuales de los trabajadores», lo que únicamente implicaría la justificación, por parte de los trabajadores, de que concurre la necesidad en orden a la petición, pero en ningún caso la denegación por haber superado los límites numéricos.

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil seis.

#### SENTENCIA

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de CASACION interpuesto por el Procurador D.<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia dictada en fecha 31 de enero de 2005, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (LA LEY JURIS. 2094879/2005) en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 171/2004, instado por Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) y Comisiones de Base (COBAS). Es parte recurrida Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) y Comisiones de Base (COBAS), representada por el Letrado D.<sup>a</sup> Elena García García, Comisiones Obreras (CC OO), Unión General de Trabajadores (UGT), SINDICATO FEDERAL DE CGT TELEFONICA, representada por el Letrado D. Manuel Abalos Felipe, Unión Telefónica Sindical (UTS), Sindicato de Transportes y Comunicaciones (STC) y Comité Intercenros de Telefónica.

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> MARIANO SAMPEDRO CORRAL

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*— 1.— La cuestión controvertida se concreta en la interpretación del artículo 110.3 de la Normativa Laboral de Telefónica (BOE 20 de agosto de 1994) y de la cláusula 5.<sup>a</sup> del Convenio Colectivo de Telefónica de España S.A. 1999-2000. Dispone literalmente el precitado artículo 110.3 —que establece normas para la «confección de turnos» del personal afectado por el presente convenio— que «Todo el personal sujeto a turnos podrá intercambiar su turno, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, solicitando la oportuna autorización del jefe inmediato con la antelación necesaria»; de otra parte, la cláusula 5 del Convenio Colectivo 1999/2000, que lleva por rótulo «Jorna-

das, Turnos y Horarios», acordó, en su apartado D, la creación de una «Comisión de Comercial ... compuesta por dos miembros designados por el Comité Intercenros y por cada Sindicato más representativo y otros tantos por parte de la Dirección de la Empresa, para el desarrollo de lo previsto en este epígrafe». El precepto establece los equipos de trabajo, formados por un Coordinador y 12 ó 15 empleados, con el mismo turno de trabajo, con carácter general, especificando, además, que «los eventuales cambios de turno, para atender las necesidades puntuales de los trabajadores, se realizarán de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la normativa laboral» (apartado B), letras a) y b), párrafos primero de ambas letras minúsculas).

2.— En el caso presente el Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) ha formulado demanda de conflicto colectivo por el que pretende que la negativa de la empresa TELEFÓNICA, S.A.U. a conceder cambios de turno, invocando necesidades del servicio no explicitadas, ni justificadas, o aplicando el cupo máximo fijado unilateralmente, vulnera el artículo 110.3 de la Normativa Laboral, y que, consecuentemente, se declare contraria a tal norma la limitación hasta un máximo de cuatro de los cambios de turno permitidos. Argumenta esta parte que la expresión «necesidades del servicio» hace referencia a la imposibilidad real del mismo, pero nunca a la simple alegación genérica, habida cuenta de que el artículo 110 no establece limitación alguna y no resultan, por tanto, posibles interpretaciones restrictivas del mismo, subrayando el carácter unilateral de las decisiones de Telefónica, aunque revistieran la forma de «acuerdo». A estas alegaciones y demanda se adhirió en el acto del juicio oral la representación de CGT.

La dirección letrada de la empresa TELEFÓNICA, S.A.U. se opuso a la demanda, al considerar que la sistemática de cambio de turno establecida en la normativa laboral es diferente a lo pretendido por los demandantes. Afirma que el repetido artículo 110 contempla una posibilidad, que ha de ser prevista con la suficiente antelación, y que, con posterioridad, el Convenio Colectivo 1999/2000, estableció, en el área de comercial, Grupos de Trabajo Estables, integrados por un Coordi-

**Facultad de dirección del empresario.—Límites.—Ámbito propio de la negociación colectiva.—Obligación de justificar la denegación de los cambios por concurrencia de necesidades del servicio.**

La sentencia recurrida, que declaró contraria a derecho la actuación empresarial consistente en limitar a su personal comercial los cambios de turno hasta un máximo de cuatro, así como la obligación de la empresa de justificar la denegación de los cambios por concurrencia de necesidades del servicio, no ha infringido los arts. 5 c) y 20ET 1995. El ejercicio regular de las facultades directivas comprende normalmente el de organizar el trabajo, pero en el caso el sistema de organización de los turnos ha sido ya previsto en el art. 110.3 de la Normativa Laboral de Telefónica, disposición que no sólo no ha sido derogada por las disposiciones paccionadas posteriores sino que se ha conservado a través de la remisión realizada por la norma convencional establecida en la debatida cláusula 5.<sup>a</sup> R Trabajo 19 Nov. 1999 (Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, SAU»). Por ello la implantación de un sistema distinto de organización del trabajo en los turnos litigiosos, consistente en establecer un límite máximo respecto del número de turnos en los grupos de doce o quince no puede hacerse por decisión unilateral de la empresa, sino a través de negociación colectiva.

**Normas aplicadas:** arts. 5 c), 20.1, 20.2 y 41 ET 1995 (LA LEY-LEG. 1270/1995); arts. 5.1 B) a), 5.1 B) b) R Trabajo 19 Nov. 1999 (Convenio Colectivo de la empresa «Telefónica de España, SAU»).

nador y 12 ó 15 personas, cuyo turno sería el mismo y siendo excepcional la posibilidad de cambio en virtud de la expresión «eventuales cambios de turno» (cláusula 5.<sup>a</sup>) y que aunque es verdad que los trabajadores tienen igual formación y capacidad se requiere también una homogeneidad del turno, a fin de garantizar las necesidades del servicio, lo que significa que no pueden hacerse más de 4 cambios, máxime cuando no existe ningún precepto que le impida determinar el concepto de «necesidades del servicio».

3.— La sentencia dictada por la Sala Social de la Audiencia Nacional (LA LEY JURIS. 2094879/2005) ha estimado la pretensión colectiva «declarando, por una parte, contraria a derecho la actuación empresarial consistente en limitar los cambios de turno hasta un máximo de cuatro respecto del colectivo afectado por este conflicto, y por otra, la necesidad de la empresa demandada de justificar, como correlativa a la de los trabajadores para la anterior petición de cambio de turno, la denegación de los cambios por concurrencia de necesidades del servicio, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración».

*Segundo.*— Frente a esta sentencia la parte demandada ha interpuesto el presente recurso de casación ordinaria en el que se denuncia la «infracción de la cláusula 5.<sup>a</sup> 1 apartado B) a) y b) del Convenio Colectivo 1999/2000 (BOE 10/12/1999) y del artículo 110.3 de la Normativa Laboral de Telefónica (BOE 20/08/1994), en relación con los artículos 5 c) y 20.1 y 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y 4 de la Normativa Laboral de Telefónica (BOE 20/08/1994)».

1.— El recurso mantiene en síntesis que:

a) el artículo 110 de la Normativa Laboral no establece literalmente un derecho incondicional del trabajador a intercambiar los turnos, sino que establece una posibilidad, condicionada a que las necesidades del servicio lo permitan y a la solicitud, con la antelación necesaria, de autorización al jefe inmediato;

b) que, la cláusula 5.<sup>a</sup> del Convenio Colectivo 1999/2000, norma posterior, mantenida en los sigui-

tes convenios colectivos (cláusula 5.1 de los convenios colectivos 2001-2002 y 2003-2005) lo que pretende es instaurar un nuevo modelo en el desarrollo y dinamización de los equipos, de modo se dice que «En resumen, se trata de que se realiza un seguimiento individualizado y sistemático del desempeño y de las necesidades de desarrollo de cada operador, reforzando y consolidando las capacidades necesarias para problemas de desmotivación y falta de implicación. Lo que hace necesario que todos los operadores de un mismo equipo compartan el mismo turno permanentemente y regularmente con todo su equipo, marcando la mejor actuación operativa requerida en cada momento, debiendo ser dichos equipos, estables al máximo posible»;

c) finalmente se añade que «los cambios de turno responden a razones personales de los trabajadores ajenas a las previstas convencional y legalmente para los permisos, retribuidos o no ... (y) que no existe ningún obstáculo legal para que dentro del poder de dirección que, tanto el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores como 4 de la Normativa Laboral de Telefónica establecen, la Dirección de la empresa pueda determinar, con carácter general, las necesidades de los servicios a los que se refiere el conflicto, limitando el número de cambios de turno a realizar, máxime si como se desprende del documento incorporado al folio 121 de los autos, páginas 7 y 8, que hemos transcrito, se contemplan las situaciones excepcionales indicando que podrán ser moduladas por el Gerente/Jefe responsable del centro».

2.- El recurso así formulado debe ser rechazado en virtud de las consideraciones que se pasan a exponer:

1) Los hechos declarados probados acreditan según, se razona en la sentencia impugnada, que la empresa demandada, teniendo en cuenta la puesta en funcionamiento de los denominados Grupos Estables de trabajo y la filosofía de los mismos, ha venido entendiendo que para garantizar las necesidades del servicio no pueden hacer más de cuatro cambios en la actualidad; con anterioridad el número lo había fijado en dos y luego en tres y otro más adicional en supuestos de necesidad justificada. La empresa ha establecido esta limitación a pesar de las reiteradas discrepancias de las representaciones de los trabajadores que han venido entendiendo que las mencionadas restricciones no resultan o no están previstas en la normativa relacionada. No obstante dicha oposición, mantenida de manera constante, la empresa ha venido imponiendo límites cuantitativos en orden a la concesión de cambios de turno —y correlativamente denegando peticiones cuando ya

se han alcanzado tales topes— con fundamento que enlaza con el concepto de «necesidades de servicio» —según es definido por la misma—, y la garantía del modelo de atención comercial basado en equipos homogéneos y estables. En este sentido en el Acta de 12.07.2000, la empresa presentó un escrito entendiendo que las necesidades del servicio en este caso las constituyen la estabilidad de los equipos y que se impedirían los cambios a partir del momento en que peligrase la filosofía de los equipos estables; el sustrato jurídico invocado, además de los anteriores, es el poder de dirección empresarial plasmado en el art. 20 ET.

2) Lo indicado anteriormente acredita que ha sido objeto de numerosas negociaciones el problema de determinar si existe o no existe un límite en orden a la concesión de cambios de turno. Y, en este crucial aspecto, lo que resulta claro y evidente es que el artículo 110 de la Normativa Laboral, no ha sido modificado, y todo al contrario ha servido de referencia, por la remisión que la repetida cláusula quinta controvertida hace el referido precepto.

Este artículo 110 no contiene limitación numérica alguna a la petición de cambios de turno por parte de los trabajadores afectados, y tampoco, como afirma el Ministerio Fiscal: «cuando se trata de grupos o equipos estables, pues aún cuanto todos sus integrantes realizaran, con carácter general, el mismo turno de trabajo según dicha cláusula 5, esta prevé asimismo la existencia de “eventuales cambios de turno para atender las necesidades puntuales de los trabajadores”, lo que únicamente implicaría la justificación, por parte de los trabajadores, de que concurre la necesidad en orden a la petición, pero en ningún caso la denegación por haber superado los límites numéricos».

De esta forma y manera, pues, se armonizan el artículo 110 de la vigente Norma Laboral de Telefónica y la cláusula quinta, apartado B) a) y b) del Convenio Colectivo litigioso, que se mantuvo en los Convenios Colectivos posteriores, siendo de resaltar como se ha dicho antes, que esta última disposición convencional remite, respecto a la regulación del problema que nos ocupa, al referido artículo 110 y que, por otra parte, la Comisión instaurada por el apartado D) de la repetida disposición convencional crea «una Comisión de Comercial ... para el desarrollo de lo previsto en este epígrafe»; Comisión que, aún, no ha llegado a un acuerdo sobre la limitación de cambio de turnos, por lo que, en definitiva sigue prevaleciendo la norma establecida en el artículo 110 de la Normativa Laboral de Telefónica.

3) La sentencia recurrida no ha infringido los artículos 5.c) y 20.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores.

No existe violación del artículo 20 ET que regula la dirección y control de la actividad laboral por el empresario. El empleador, es cierto, ostenta el poder de dirección de la empresa, pero este poder está sujeto a ciertas e importante limitaciones, como son, en primer lugar, que no se generen modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, pues la vía para tal modificación es la señalada en el artículo 41 ET; y, en segundo lugar, que con el ejercicio de su facultad no se vulnere la ordenación específica existente en la materia. El ejercicio regular de las facultades directivas comprende normalmente el de organizar el trabajo, pero en el presente caso el sistema de organización de los turnos ha sido, ya, previsto en el artículo 110.3 de la Normativa de Telefónica; esta disposición no solo no ha sido derogada por disposiciones paccionadas posteriores, sino que ha seguido siendo conservada a través de la remisión realizada por la norma convencional establecida en la debatida disposición quinta del Convenio Colectivo 1999-2000. Por ello, como antes se ha dicho y ahora se repite, la implantación de un sistema distinto de organización del trabajo en los turnos litigiosos, consistente en establecer un límite máximo respecto del número de turnos en los grupos de doce o quince no puede hacerse por decisión unilateral de la empresa, sino a través de negociación colectiva.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Desestimamos el recurso de CASACIÓN interpuesto por el Procurador D.<sup>a</sup> Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la sentencia dictada en fecha 31 de enero de 2005, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (LA LEY JURIS. 2094879/2005) en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 171/2004, instado por Alternativa Sindical de Trabajadores (AST) y Comisiones de Base (COBAS). Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Tribunal Supremo

## DESPIDO IMPROCEDENTE DE UN TRABAJADOR QUE NO COMUNICÓ A LA EMPRESA SU INGRESO EN PRISIÓN PROVISIONAL

1687—TS Sala Cuarta, de lo Social, S 16 Jun. 2006.—Ponente: Sampetro Corral, Mariano.

**DESPIDO DISCIPLINARIO.—Trabajador de baja por incapacidad temporal que no comunica a la empresa su ingreso en prisión provisional y continúa percibiendo a cargo del empleador el complemento de la prestación acordado en convenio.—Improcedencia de su despido.**

Cuando el actor se encontraba de baja por enfermedad común, ingresó en prisión provisional, circunstancia que no comunicó al empleador, quien tuvo conocimiento del hecho dos meses después. Durante el tiempo pasado en prisión el trabajador siguió enviando los partes de confirmación de la incapacidad y percibió la cantidad asignada en convenio colectivo en concepto de complemento de la prestación por incapacidad temporal. La circunstancia de haber sobrevenido durante la incapacidad temporal otra causa de suspensión ex art. 45.1 g) ET 1995 nada añade ni quita a la situación de incapacidad temporal, ni a sus efectos de suspensión de la relación laboral y consecuente cobro de la prestación económica pública y de su complemento a cargo de la empresa. Quizá la falta de comunicación al empleador de la situación de prisión provisional hubiera podido tener trascendencia jurídica en el supuesto de que, extinguida la situación de incapacidad temporal por alta médica del trabajador, éste continuara privado de su libertad, en cuyo caso la no comunicación de la nueva causa legal suspensiva sí hubiera podido tener trascen-

dencia respecto a la ausencia al trabajo en virtud de causa no conocida por el empleador. En definitiva, no puede prosperar el recurso contra la sentencia que declaró improcedente el despido por la sencilla razón de que aunque el actor no hubiera estado en prisión, no habría podido trabajar a causa de la enfermedad.

La falta de comunicación a la empresa por parte del trabajador de su ingreso en prisión provisional, persistiendo los efectos de suspensión de la relación laboral por la incapacidad temporal previamente iniciada, no debe ser calificada de infracción muy grave, determinante de la sanción de despido. Como tampoco es constitutivo de infracción alguna el hecho de que el demandante siguiera cobrando el complemento de subsidio por incapacidad temporal durante el período en que provisionalmente estuvo privado de libertad, máxime cuando el convenio que lo establece no restringe su percepción por la circunstancia de la detención o prisión preventiva. El ingreso en prisión, pues, con carácter provisional, no modifica los efectos anexos a la situación de incapacidad temporal, de modo que mientras ésta no se extinga el trabajador queda exonerado de prestar servicios laborales al empleador y tiene derecho a percibir a cargo de la S.S. la prestación o subsidio correspondiente, y a cargo del empleador el complemento acordado en convenio, hasta que legalmente se extinga su situación incapacitante.



Tribunal Supremo

## CUESTIONES INTERPRETATIVAS DE LA LEY DE HACIENDAS LOCALES DE 1988 SOBRE LA PARTICIPACIÓN MUNICIPAL EN TRIBUTOS ESTATALES

1648—TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.ª, S 17 May. 2006.—Ponente: Martín Timón, Manuel.

### HACIENDAS LOCALES.—Ingresos.—Participación en tributos estatales.—Necesaria interpretación de la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado» del artículo 115.1 b) LRHL en referencia al que efectuaba quinquenalmente el Gobierno.

En el caso, para resolver la impugnación del Ayuntamiento de la liquidación definitiva de su participación en los tributos del Estado del ejercicio de 1994, debe interpretarse la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado» que utiliza el art. 115.1 B) LRHL. Pues bien, dada la finalidad del precepto, la expresión que utiliza el legislador para la distribución de la participación de todos los municipios españoles en los tributos del Estado, sólo puede entenderse referida al que efectuaba quinquenalmente el Gobierno —y no, como pretende el Ayuntamiento, a la rectificación anual del padrón—, producida en el caso por RD 406/1992 de 24 Abr. (poblaciones de hecho y de derecho referidas al censo de población de 1 Mar. de 1991. Declaración oficial) (LA LEY-LEG. 1216/1992). Entendiendo como tal el criterio que quiso el legislador, el Ayuntamiento tuvo noticia de la liquidación definitiva por resolución de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales del M.º Economía y Hacienda de 26 Abr. 1995, lo que no hubiera sido posible de tener que esperar a la conformidad de aprobación de los padrones municipales de todos los municipios españoles con referencia a 1 Ene. 1994, como aquél pretende.

### Inexistencia de vulneración del principio de autonomía financiera de los municipios.

En la Villa de Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil seis.

#### SENTENCIA

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. 6464/2001, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE L'ELIANA, (Valencia), representado por Procurador y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de septiembre de 2001 (LA LEY JURIS. 1111212/2001), dictada en el recurso contencioso-administrativo 21/96, seguido en su día contra Resolución de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, en cuya casación aparece, en concepto de parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*— El Ayuntamiento de L'Elia (Valencia) interpuso recurso contencioso-administrativo con la resolución de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales del Ministerio de Economía y Hacienda, de 26 de abril de 1995, que aprobó la liquidación definitiva de su participación en los tributos del Estado del ejercicio de 1994.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Sentencia desestimatoria del recurso en 19 de septiembre de 2001 (LA LEY JURIS. 1111212/2001), teniendo como fundamento, en lo que aquí interesa, el siguiente:

«QUINTO: La cuestión que se ventila en este recurso es la relativa a la valoración del elemento de la población para fijar la participación del Ayuntamiento recurrente en los Tributos del Estado para 1994.

La ley 21/1993 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1994 en cuanto a la población y a través del art. 84, refiere la participación al quinquenio 1994 a 1998 y el elemento de la población, al padrón oficialmente renovado en 1991 y por su parte el art. 115.B a) de la Ley 39/1988 Reguladora de Haciendas Locales que contenía la distribución en cada ejercicio de la participación, establece el 70% en función del número de habitantes de derecho de cada municipio según el último padrón municipal oficialmente aprobado.

Esta expresión “último padrón municipal oficialmente aprobado” debe entenderse relativa a la renovación quinquenal oficial del padrón municipal coincidente con los censos de población y vivienda y no a la rectificación anual del referido padrón, porque aunque la competencia para la aprobación final de ambas operaciones venga atribuida al INE, las rectificaciones sólo reflejan a efectos estadísticos los movimientos de la población residente y de los transeúntes mediante bajas y altas, es decir carecer de la fijeza necesaria para poder ser tenidas en cuenta como datos oficiales, tal como se desprende de los arts. 66, 67 y 68 del Real Decreto 1690/1986, por que se reglamenta el Padrón Municipal de Habitantes invocados por el propio Ayuntamiento recurrente.

En segundo lugar es ajena a la regulación del elemento de la población para fijar la participación en los tributos estatales, el que se tengan en cuenta las rectificaciones anuales del padrón municipal por la legislación electoral para determinar el número de concejales.

Después la Corporación local actora considera que se infringe el principio de autonomía financiera del art. 142 de la Constitución, sino se tienen en cuenta las rectificaciones anuales del padrón municipal, porque es necesario que se siga un criterio objetivo coincidente con la población real e igual para todos los municipios.

Esta alegación es rechazable en primer lugar con carácter general conforme ha determinado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 7 de junio de 2001, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida por nuestro Tribunal contra el art. 1 de la Ley 5/1993, de 16 de abril sobre Liquidación Definitiva de la Participación de las Corporaciones Locales en los Tributos del Estado en 1990, porque la fijación del sistema de ingresos de las entidades locales a través de su participación en los Tributos del Estado es una opción del legislador estatal, según sus disponibilidades presupuestarias, sin que se vea afectada la autonomía financiera municipal reconocida por el art. 142 de la Constitución cuyo completo desarrollo está determinado por la ley de presupuestos; pero es que además refiriéndonos en concreto al elemento de la población, la renovación quinquenal del censo de población municipal constituye el criterio legal objetivo para fijar el coeficiente de población y determinar en unión con otros parámetros el importe de la participación, porque se establece con todas la formalidades que reglamentariamente dispone el citado Real Decreto 1690/1986, con la intervención del INE y goza de la necesaria estabilidad y seguridad jurídica y como la última renovación oficial del padrón municipal se había producido en 1991 era ajustado a derecho que se tuviera en cuenta

En autos, el Ayuntamiento recurrente cuestiona la legalidad de la liquidación definitiva de su participación en los tributos del Estado del ejercicio de 1994. Estima, que la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado» que utiliza el art. 115.1 B) LRHL, debe interpretarse referida a la rectificación anual del Padrón, y no como interpretó la Administración, y ha corroborado la Sala de instancia, al que efectuaba quinquenalmente el Gobierno. Y por ello considera que se ha vulnerado el principio de autonomía financiera de los municipios recogido en el art. 142 CE y la jurisprudencia que lo ha interpretado. Sin embargo, el principio constitucional de suficiencia financiera, dirigido al legislador para que dote de medios suficientes a las entidades locales a fin de poder llevar a cabo las funciones que legalmente se les atribuye, no impide, ni las opciones legítimas de aquel para elegir los recursos financieros que aseguren el cumplimiento de aquel principio, ni tampoco que, para la distribución de la participación municipal en los tributos del Estado, se opte por un sistema como el que siguió la Administración, que se estima ajustado a Derecho.

**Normas aplicadas:** art. 142 CE; art. 17.2 LRRL; art. 115.1 B) LRHL; art. 108 L 37/1988 de 28 Dic. (Presupuestos Generales del Estado para 1989); art. 87 L 31/1991 de 30 Dic. (presupuestos generales del Estado para 1992) (LA LEY-LEG. 3789/1991); art. 84 L 21/1993 de 29 Dic. (presupuestos generales del Estado para 1994) (LA LEY-LEG. 4266/1993); RD 406/1992 de 24 Abr. (poblaciones de hecho y de derecho referidas al censo de población de 1 Mar. De 1991. Declaración oficial) (LA LEY-LEG. 1216/1992); art. 1.1 RD 327/1995 de 3 Mar. (normas para determinar el número de concejales y vocales a elegir en las elecciones municipales de 1995) (LA LEY-LEG. 998/1995).

esa renovación y no procedía que la liquidación fuera practicada conforme el padrón rectificado en 1994.

Por último el Ayuntamiento recurrente sostiene que el art. 84.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994 infringe el art. 134 de la Constitución, al incurrir en extralimitación normativa, porque la participación y reparto de los municipios en los tributos del Estado son ajenos a la política de ordenación de gastos e ingresos. Esta cuestión ha sido resuelta y desestimada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 2001, a la que ya nos hemos referido y con anterioridad por la sentencia n.º 104 de 13 de abril de 2000, según estas sentencias la fijación del sistema de ingresos de las entidades locales en sentido general y la determinación de su participación e los ingresos del Estado en sentido particular constituye una opción del legislador estatal conforme a sus disponibilidades presupuestarias, lo que hace legítima su regulación mediante las leyes que regulan esas disponibilidades y con ello no se infringe el precepto constitucional invocado».

*Segundo.*— La parte recurrente formaliza su recurso de casación que basa en tres motivos al amparo del artículo 88.1. d) de la Ley Jurisdiccional: a) por infracción del artículo 115.1.B) de la Ley de Haciendas Locales, en relación con los artículos 62 y siguientes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial; b) por infracción del artículo 3.1 del Código Civil y, c) por infracción del principio de suficiencia financiera del artículo 142 de la Constitución.

*Tercero.*— Como acaba de indicarse, el primer motivo del recurso de casación se formula por infracción del artículo 115.1.B) de la Ley de Haciendas Locales, en relación con los artículos 62 y siguientes del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Población y Demarcación Territorial. Estima el Ayuntamiento de L'Elia (Valencia) que el artículo 115.1.B) de la Ley de Haciendas Locales, como precepto clave, establece que la participación de los municipios en los tributos del Estado se llevará a cabo «en función del número de habitantes de derecho de cada Municipio, según el último Padrón Municipal oficialmente aprobado», ponderados por coeficientes multiplicadores según estratos de población, sin que el artículo 84 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994 pueda interpretarse en contra de la Ley de Haciendas Locales. Y si bien es cierto —siempre según el recurrente— que la sentencia aceptó este criterio, consideró que la expresión «último padrón oficialmente aprobado» hace referencia a la renovación quinquenal del padrón sin incluir la rectificación anual del mismo y en contra de los artículos 62 y siguientes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial.

Entiende el Ayuntamiento recurrente que la Sentencia hace una aplicación injustificadamente restrictiva, tanto del artículo 115 de la Ley de Haciendas Locales, como de los artículos 62 y siguientes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial. En definitiva, considera que el artículo 115 de la Ley de Haciendas Locales debe ser interpretado en el sentido de entender por «último padrón municipal oficialmente aprobado» el que se rectifica anualmente con las cifras que son aprobadas por el Instituto Nacional de Estadística.

Por el contrario, el Abogado del Estado entiende que es correcto el criterio de la sentencia recurrida y que debe distinguirse entre efectos del Padrón en el ámbito estrictamente municipal y efectos supralocales, considerando que estos últimos solo pueden derivarse de la aprobación por el Gobierno, una vez corregidos los inevitables errores, como resultado de la coordinación con los Padrones de otros municipios. Concluye el Abogado del Estado sosteniendo que no se trata de que las rectificaciones anuales carezcan de certeza; es que carecen de eficacia general, que solo alcanzan cuando el Padrón es aprobado oficialmente por el Gobierno, una vez realizada la labor de coordinación atribuida a los organismos competentes de la Administración.

**Cuarto.**— Para decidir sobre el motivo alegado debe tenerse en cuenta que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, señalaba que el Padrón debía rectificarse anualmente y renovarse cada cinco años —artículo 17.2, en su primigenia redacción—, siendo la finalidad de la renovación —en expresión de la Exposición de Motivos de la Ley que después se menciona— «la de corregir los errores y las desviaciones que se pudieran haber producido en ese período de tiempo».

Ahora bien, las nuevas técnicas de almacenamiento de datos y de acceso a los mismos, permitió que la Ley 4/1996 modificara la Ley de Bases de Régimen Local, suprimiendo el sistema de renovaciones quinquenales y rectificaciones anuales y sustituyéndolo por un nuevo sistema de gestión del Padrón normalizado, a través de medios informáticos y de actualización permanente.

La supresión de las renovaciones supuso, tal como había previsto el legislador de 1996, una simplificación administrativa, la eliminación de molestias a los ciudadanos y una facilitación la gestión del Censo Electoral, pues «las renovaciones padronales constituyen un elemento perturbador del mismo por las numerosas altas y bajas ficticias que producen».

Consecuencia de las nuevas técnicas es que las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2005, fueron declaradas oficiales por Real Decreto 1358/2005, de 18 de noviembre (BOE de 1 de diciembre siguiente), lo que hubiera sido impensable tan sólo unos años atrás.

Pues bien, la cuestión a la que se refiere el presente recurso se plantea antes de la modificación operada en la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 4/1996, siendo necesario, en consecuencia, distinguir entre renovaciones —de carácter quinquenal— y rectificaciones.

En esta situación, debe enmarcarse la normativa especial a aplicar, que está constituida por:

1.º) La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, que en su artículo 115 —en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre y, por tanto, vigente en el momento al que se refieren los hechos—, dispone lo siguiente:

«1. El importe de la Participación de los Municipios en los Tributos del Estado se distribuirá anualmente entre éstos conforme dispongan las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con las siguientes reglas:

A) A los Municipios de Madrid y Barcelona se les asignará una cantidad igual a la que resulte de aplicar a su participación en el año en que entre en vigor esta Ley el índice de evolución que prevalezca, según lo previsto en el artículo 114 anterior.

B) El resto de la Participación de los Municipios, una vez detraídos los importes correspondientes al apartado A) precedente, se distribuirá entre todos los Municipios, excepto Madrid y Barcelona, con arreglo a los siguientes criterios:

a) El 70 por 100 en función del número de habitantes de derecho de cada Municipio, según el último Padrón de población:

Grupo	Número de habitantes	Coefficientes
1	De más de 500.000	1,85
2	De 100.001 a 500.000	1,50
3	De 20.001 a 100.000	1,30
4	De 5.001 a 20.000	1,15
5	Que no exceda de 5.000	1,00

b) El 25 por 100 en función del número de habitantes de derecho, ponderado según el esfuerzo fiscal medio de cada Municipio en el ejercicio anterior al que se refiere la participación en ingresos.

A estos efectos se entenderá por esfuerzo fiscal medio de cada Municipio el que para cada ejercicio determinen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado en función de la aplicación que por los Municipios se haga de los tributos contenidos en la presente Ley y de otros parámetros deducidos de datos correspondientes a tributos del Estado que afecten a los distintos Municipios.

c) El 5 por 100 restante, en función del número de unidades escolares de Educación General Básica, Preescolar y Especial, existentes en Centros públicos en que los inmuebles pertenezcan a los Municipios, o en atención a los gastos de conservación y mantenimiento que deben correr a cargo de los mismos. A tal fin se tomarán en consideración las unidades escolares en funcionamiento al final del ejercicio anterior al que la participación se refiera».

2.º) El artículo 84 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994 dispuso: «Uno. El crédito presupuestario destinado al pago de las entregas trimestrales a cuenta de la participación de los municipios en los tributos del Estado en el ejercicio de 1994, se cifra en 597.227,4 millones de pesetas, tal como figura consignado en la sección 32, servicio 23, "Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, transferencia a Corporaciones Locales, programa 912.A, por participación en ingresos del Estado". Dos. Liquidados los Presupuestos Generales del Estado para 1994, se procederá a efectuar la liquidación definitiva de la participación de los municipios en los tributos del Estado para 1994, conforme a los criterios que se acuerden, previo informe de la Subcomisión de Régimen Económico, Financiero y Fiscal de la Comisión Nacional de Administración Local, y en su caso, se fijen en las correspondientes normas legales aprobadas por las Cortes Generales para ser aplicadas en el quinquenio 1994-1998».

Así pues, para dar solución al recurso ha de resolverse la incógnita de que deba entenderse con la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado», utilizada en el apartado 1. B. del artículo 115 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales antes transcrito.

Pues bien, la referida expresión quedó clara desde el primer momento en la *mens legislatoris*.

En efecto, el artículo 108 Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1989, tras referirse a los municipios de Madrid y Barcelona, a las dotaciones compensatorias correspondientes a los municipios integrados en las Áreas Metropolitana de Madrid y los que hasta su extinción vinieron integrados en la Corporación Metropolitana de Barcelona, así como al mínimo a partir de lo recibido en 1988, dispuso en el apartado 3 la siguiente forma de distribución:

«1. El 70 por 100 en función del número de habitantes de derecho de cada Municipio, según el Padrón Municipal correspondiente al ejercicio de 1986, ponderado por los siguientes coeficientes multiplicadores, según estratos de población:

Grupo	Número de habitantes	Coefficientes
1	De más de 500.000	1,85
2	De 100.001 a 500.000	1,50
3	De 20.001 a 100.000	1,30
4	De 5.001 a 20.000	1,15
5	Que no exceda de 5.000	1,00

2. El 25 por 100 en función del esfuerzo fiscal medio de cada Municipio en el ejercicio de 1988.

A estos efectos se considera esfuerzo fiscal medio el resultante de la aplicación de la fórmula siguiente:

$$Efm = (0,8 \cdot [(RcI + RcII)/Rpm] + 0,2 \cdot [(Tm \cdot Bum) / (Tmn \cdot Bun)] \cdot Pm / Pn)$$

RcI: Recaudación Líquida obtenida por los conceptos tributarios incluidos en el capítulo I del Presupuesto de Ingresos de la Entidad correspondiente.

RcII: Recaudación Líquida obtenida por los conceptos tributarios incluidos en el capítulo II del Presupuesto de Ingresos de la Entidad correspondiente.

Rpm: Recaudación que se habría obtenido de haberse aplicado los tipos, tarifas, índices o módulos máximos legalmente autorizados.

Tm: Tipo medio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para la Entidad correspondiente.

Tmn: Tipo medio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en los Territorios de Régimen Común.

Bum: Base Imponible media por habitante de la Contribución Territorial Urbana de la Entidad correspondiente.

Bun: Base Imponible media por habitante de la Contribución Territorial Urbana en los Municipios de los Territorios de Régimen Común.

Pm: Población de derecho del Municipio.

Pn: Población de derecho del Estado.

3. El 5 por 100 restante, en función del número de unidades escolares de Educación General Básica, Preescolar y Especial existentes en Centros públicos en que los inmuebles pertenezcan a los Ayuntamientos, o en atención a los gastos de conservación y mantenimiento que deben correr a cargo de los Ayuntamientos. A tal fin se tomarán en consideración las unidades escolares en funcionamiento al final del año 1988».

Preciso es señalar que según el apartado 2. Segundo del referido artículo 108, también «las dotaciones compensatorias se distribuirán entre los Municipios respectivos en función del número de habitantes de derecho de cada Municipio, según el Padrón Municipal correspondiente a 1986».

Pues bien, precisamente el año 1986 se produjo la renovación quinquenal del Padrón municipal y las cifras oficiales correspondientes se hicieron públicas a través del Real Decreto 452/1987, de 3 de abril (BOE del siguiente 8), de 28 de diciembre, de Haciendas Locales del siguiente 8), con referencia al 1 de abril del referido año 1986.

Queda demostrado de esta forma que para la distribución de la participación municipal en los tributos del Estado en el año 1989, el legislador, no tuvo en cuenta la población de 1987, 1988 y 1989 y optó desde el primer momento por entender que la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado» se refería al que lo había sido por el Gobierno mediante Real Decreto y tras la renovación quinquenal correspondiente.

Y esta misma línea siguió el Real Decreto Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre Presupuestos para 1990, aprobado como consecuencia de la disolución de las Cortes, pues el artículo 40 de aquél prorrogaba el 108 de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre.

Posteriormente, el artículo 80 de la Ley 31/1990, de Presupuestos para 1991, volvió a remitirse al Padrón de 1986 y no a uno más próximo a la aprobación de dicha Ley.



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización con fines comerciales del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

APP Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.



ISSN: 1138-9907  
D.L. Bl. 1223 1981

En cambio, el artículo 87 de la Ley 31/1991, de 20 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1992, se remitió ya al Padrón de 1991, lo cual se debe a que precisamente también en ese año se produjo la renovación del Padrón municipal que determinó que por Real Decreto 406/1992, de 24 de abril —BOE de 27 de abril—, se declararan oficiales las cifras de población referidas al 1 de marzo de 1991. Y a esta misma renovación se refería el artículo 80 de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

De todo lo dicho se desprende que interpretada por el propio legislador de forma reiterada la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado» utilizada por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, poca importancia tiene el silencio del artículo 84 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, dictado en previsión de un nuevo quinquenio (1994-1998).

Pero es que también siguiendo otros criterios interpretativos, se llega a la misma conclusión.

A tales efectos, debe tenerse en cuenta que frente a la aprobación por el Gobierno de las renovaciones oficiales, en las que de conformidad al Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, de Población y Demarcación Territorial, se hacían públicas las cifras oficiales tras las correspondientes operaciones de coordinación previstas también en las normas de instrucción que para tal efecto se daban por el propio Gobierno a través de Real Decreto, en las rectificaciones anuales, consecuencia de altas y bajas en la población residente, las competencias del Instituto Nacional de Estadística se limitaban a dar la conformidad a las cifras aprobadas por los Ayuntamientos, al solo efecto de garantizar que se habían respetado las directrices e instrucciones técnicas establecidas para las rectificaciones.

De esta forma, solo había una aprobación oficial de la totalidad de la población del país y es la que se llevaba a cabo por Real Decreto tras cada renovación quinquenal.

A ello debe añadirse que en el supuesto que ahora ocupa, las cifras de Padrones municipales a utilizar habían de tener una trascendencia nacional, en cuanto determinarían la participación de todos y cada uno de los municipios del país en los tributos del Estado y una vez fijada por la Ley de Presupuestos correspondiente la cifra que debía ser objeto de reparto.

Así las cosas, y dada la finalidad del precepto, la expresión «último Padrón Municipal oficialmente aprobado», utilizada por el legislador para la distribución de la participación de todos los municipios españoles en los tributos del Estado, solo puede entenderse referida a la que llevaba a cabo quinquenalmente el Gobierno y que en el presente caso se produjo, como antes se señaló, por Real Decreto 406/1992, de 24 de abril —BOE de 27 de abril—, por el que se declararon oficiales las cifras de población resultantes de la renovación del Padrón Municipal, referidas al 1 de marzo de 1991.

Interpretación distinta a la expuesta —entendiendo que también supone una aprobación la conformidad expresada por el Instituto Nacional de Estadística a las rectificaciones— conduce necesariamente a que la liquidación definitiva por participación en los tributos del Estado no pueda hacerse con la necesaria agilidad y rapidez, por tener que esperarse necesariamente, no solo a la remisión de los datos de rectificación de todos y cada uno de los más de 8.000 municipios existentes en España, sino también a que el Instituto Nacional de Estadística de su conformidad a todas las rectificaciones. En todo caso, también habría lugar a que las entregas a cuenta o provisionales se vieran distorsionadas por la liquidación definitiva, si en la fecha de esta última hubiera sido aprobada una rectificación posterior del Padrón.

En cambio, bajo el criterio que entendemos quiso el legislador, el Ayuntamiento hoy recurrente tuvo noticia de la liquidación definitiva por Resolución de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de abril de 1995, lo que no hubiera sido posible de tener que esperar a la conformidad de aprobación de los Padrones municipales de todos y cada uno de los municipios españoles con referencia a 1 de enero de 1994, como pretende el Ayuntamiento recurrente.

Por otra parte, no se opone la interpretación que se mantiene, que a otros efectos, principalmente locales —y en donde, por tanto, no hay que tener en cuenta las cifras de todos los municipios del país—, se esté a la última rectificación a la que hubiese dado su conformidad el Instituto Nacional de Estadística. Así ocurre por ejemplo en cuanto a la determinación del número de concejales en las elecciones municipales, pudiendo señalarse que precisamente el Real Decreto 327/1995, de 3 de marzo, en vista de las elecciones municipales que iban a celebrarse el último domingo del mes de mayo siguiente, dispuso en su artículo 1.1:

«Para la aplicación de la escala a que se refiere el artículo 179.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en la elección de Concejales en cada término municipal, se tendrán en cuenta las cifras de población de derecho resultantes de la rectificación del Padrón municipal de habitantes referidas al 1 de enero de 1994, debidamente aprobada o, en su defecto, la última rectificación padronal igualmente aprobada con anterioridad a dicha fecha.»

Es decir, que implícitamente se está reconociendo que a la fecha de publicación del referido Real Decreto —4 de marzo de 1995— había municipios sin aprobación de rectificaciones con referencia al 1 de enero de 1994, y, por supuesto, ello llevaba aparejado la falta de coordinación que solo puede hacerse en una renovación. En cambio, transcurrido poco más de un mes, y según se ha dicho antes, el Ayuntamiento hoy recurrente tenía en su poder la liquidación definitiva de su participación en los tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 1994.

Tampoco resulta contradictorio el criterio que mantenemos con el sostenido en la Sentencia de este Alto Tribunal de 30 de enero de 2003 (LA LEY JURIS. 11278/2003), referida a la subvención al servicio de transporte colectivo urbano prestado por Corporaciones Locales de más de 50.000 habitantes no incluidas en el Área Metropolitana de Madrid o en la extinguida Corporación Metropolitana de Barcelona —artículo 85 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre—, pues en dicha Sentencia se contemplaba si se cumplía o no el presupuesto necesario para que cada Corporación local individualmente considerada pudiera percibir la subvención, esto es, contar con una población de más de 50.000 habitantes, lo que podía justificarse, bien a través del Padrón de 1996, —cuyas cifras fueron declaradas oficiales por los Reales Decretos 425/1987, de 3 de abril y 890/1987, de 3 de julio—, bien a través de cualquiera de las rectificaciones debidamente conformadas.

Por último, la parte recurrente imputa a la sentencia omisión de hechos, alegación que debe rechazarse y no tanto porque tal alegación no sea susceptible de discutirse en casación, sino además por su innecesariedad, toda vez que la sentencia, llega al resultado desestimatorio a través de una interpretación de las normas jurídicas que esta Sala estima ajustada a Derecho y sin necesidad de valoración de la prueba aportada por la entidad recurrente.

En todo caso, y a mayor abundamiento, es claro que el Ayuntamiento recurrente no ha demostrado que a la fecha de realización de la liquidación definitiva, se hubiera producido la aprobación de las rectificaciones de todos y cada uno de los municipios del país, presupues-

to indispensable, según se ha dicho, para realizar una aplicación correcta de la distribución prevista en el artículo 115 de la Ley 39/1988, de 29 de diciembre.

En consecuencia de todo lo expuesto, procede rechazar el motivo alegado.

*Quinto.*— El segundo motivo del recurso de casación sirve para alegar infracción del artículo 3.1 del Código Civil, en relación con la Ley 4/1996, de 10 de enero, la Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo y los preceptos que la han desarrollado.

Prende el Ayuntamiento nada más, pero también nada menos, que la situación de conflicto que se planteó en el recurso contencioso-administrativo, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y ahora en el presente recurso de casación, sea resuelto con arreglo a normas que no estaban vigentes en el momento de producirse el presupuesto fáctico con infracción del principio de retroactividad de las leyes que proclama el artículo 2.3 del Código Civil, salvo que dispusieran lo contrario.

Por tanto, procede rechazar también el motivo.

*Sexto.*— Como tercer motivo del recurso, se alega la infracción del principio de autonomía financiera de los municipios recogido en el artículo 142 de la Constitución y jurisprudencia que lo ha interpretado, conclusión que se extrae de que «la sentencia recurrida acepta que el elemento de la población es el criterio más adecuado para medir las necesidades del municipio y el coste de los servicios públicos para atenderlos. Pero no tiene en cuenta que este mecanismo de financiación queda desvirtuado si no se tiene en cuenta la población existente en el momento del devengo de la participación, sino la resultante del padrón renovado quinquenalmente».

Sin embargo, el principio de suficiencia financiera del artículo 142 de la Constitución, dirigido al legislador para que dote de medios suficientes a las entidades locales, a fin de poder llevar a cabo las funciones que la ley les atribuye, no impide, ni las opciones legítimas de aquel para elegir los recursos financieros que aseguren el cumplimiento de aquél principio, ni tampoco que para la distribución de la participación municipal en los tributos del Estado, se opte por un sistema como el que ha seguido la Administración y que se estima ajustado a Derecho.

Por ello, procede rechazar el motivo, sin que tampoco se estime necesario el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

*Séptimo.*— En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LJA, señala como cifra en 2.000 euros la cifra máxima por honorarios del Abogado del Estado.

## FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE L'ELIANA, (Valencia) contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de septiembre de 2001, dictada en el recurso contencioso administrativo 21/96, con imposición de las costas al recurrente en la cuantía máxima expresada en el fundamento de derecho séptimo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Rafael Fernández Montalvo.—Manuel Vicente Garzón Herrero.—Juan Gonzalo Martínez Micó.—Emilio Frias Ponce.—Manuel Martín Timón.—Jaime Rouanet Moscardó.