



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

STC 104/2001, de 23 de abril. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial sin indefensión y a la prueba: prueba pericial admitida sobre cuantía de las retenciones, no practicada por el Juzgado de Primera Instancia debido a la falta de diligencia procesal de la demandante

Juan Ignacio Gorospe Oviedo (*)

Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario
Universidad San Pablo-CEU

I. Doctrina del Tribunal:

Desestimación de recurso de amparo por no vulneración del derecho de prueba, ya que la ausencia en la práctica de la prueba admitida no fue culpa exclusiva del órgano jurisdiccional, debiéndose también a que la demandante no observó la diligencia procesal que le era exigible en su defensa del derecho de prueba.

II. Antecedentes jurisprudenciales:

STC 35/2001, de 12 de febrero, FJ 5. Sólo se vulnera el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) si las irregularidades u omisiones procesales en materia de prueba han causado una efectiva indefensión a la parte, por lo que, si la indefensión alegada es imputable a una de esas irregularidades u omisiones, la ubicación adecuada de la queja debe ser el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes del art. 24.2 CE.

SSTC 183/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 173/2000, de 26 de junio, FJ 6; 211/2000, de 18 de septiembre, FJ 2, y 243/2000, de 16 de octubre, FJ 4. No hay vulneración del derecho fundamental a la prueba pertinente cuando la indefensión denunciada se haya producido mediando negligencia de la parte perjudicada.

Esta Sentencia se apoya en la STC 35/2001, que centra la indefensión alegada

por irregularidades u omisiones en materia de prueba en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, y en la 243/2000 (entre otras), que determinó la inadmisión del amparo cuando la indefensión se produzca por negligencia de la parte perjudicada.

III. Supuesto de hecho:

El 12 de enero de 1987 la Inspección de Hacienda de Sevilla levantó a ..., S.A. acta de disconformidad en relación con la retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas practicada a sus empleados durante el ejercicio tributario de 1983. En el acta se proponía la regularización la situación tributaria en el indicado concepto así como la imposición de una sanción del 75 por 100 de la cuota. Ante las alegaciones presentadas por la interesada, la Jefatura de la Dependencia Regional de la Inspección dictó Resolución de 20 de febrero de 1987 elevando a definitiva la propuesta del inspector actuario pero reduciendo el importe de la sanción al 50 por 100 de la cuota. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Sevilla mediante Resolución de 29 de diciembre de 1988, que fue posteriormente objeto de recurso de alzada. Este recurso fue parcialmente estimado por Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1992. Dicho órgano ordenó la revisión

(*) gorovi@ceu.es

de la sanción impuesta, al tiempo que confirmó en todo lo demás la liquidación impugnada.

Agotada la vía administrativa, la sociedad mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, solicitando en otrosí el recibimiento del proceso a prueba, a lo que accedió el Tribunal por Auto de 19 de enero de 1995. La entonces demandante solicitó la práctica de diversas pruebas, entre ellas una prueba pericial consistente en que por un perito, con titulación de Profesor Mercantil y a la vista de cuanta documentación existía en la Empresa, Libros de Comercio, Auxiliares y Nómina y Declaraciones a la Seguridad Social, certificase el número de horas extraordinarias realizadas en los años 1982, 1983, 1984 y 1985. Como esa documentación se hallaba en la sede de la empresa, sita en Dos Hermanas (Sevilla), la actora sugería que se expidiera el oportuno exhorto para que por el Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad se designase al perito, habiendo de entregarse el exhorto, según solicitaba, a la representación procesal de dicha parte «con facultades para intervenir en su diligenciado».

Por Auto de 26 de mayo de 1995 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional accedió a la práctica de la prueba pericial solicitada por la actora, disponiendo su realización por un solo perito que debía ostentar el título de Profesor Mercantil. En esta misma resolución el órgano judicial dispuso que se librase exhorto al Juzgado de Primera Instancia correspondiente, *con entrega a la parte solicitante, facultándole para intervenir en su diligenciado*. En el exhorto librado al efecto se hacía constar como diligencia interesada la siguiente: «Que, previa pertinente insaculación, se realice por un solo Perito con Título de Profesor Mercantil, la prueba pericial solicitada por la parte recurrente, contenida en escrito que por fotocopia se acompaña al presente», indicándose asimismo que «queda facultado el portador del presente para intervenir en su diligenciado».

Mediante diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 1995 se reiteró lo intere-

sado del Juzgado de Primera Instancia de Dos Hermanas, reiterándose nuevamente por providencia de 8 de febrero de 1996.

Por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 1996 se declaró concluso el período probatorio, concediéndose a la representación procesal de la demandante un plazo de quince días para que formulase escrito de conclusiones. En dicho trámite la actora solicitó que se reiterara una vez más, esta vez como diligencia para mejor proveer, la práctica de la prueba admitida mediante Auto de 26 de mayo de 1995, toda vez que el exhorto no había sido diligenciado al no procederse por el Juzgado de Primera Instancia de Dos Hermanas a la designación del perito.

Con fecha 24 de marzo de 1997 la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional dictó Sentencia desestimatoria de la pretensión deducida por la demandante. Ésta presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue inadmitido —por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de noviembre de 1997— al no alcanzar la *summa gravaminis* fijada por el art. 93.2 b) LJCA.

El exhorto civil del Juzgado de Primera Instancia referido arriba fue devuelto a la Procuradora, portadora del mismo, con fecha 14 de abril de 1998.

IV. Tipo de recurso:

La recurrente presenta un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 1997, por vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

Para la entidad demandante de amparo la importancia de la prueba admitida y no practicada radica en que las retenciones del tributo objeto de la inspección se calcularon dentro de las facultades que le reconoce el art. 157 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, donde si bien

se fija como cantidad de referencia para su cálculo las retenciones de las percepciones efectuadas durante el año anterior, permite su variación si concurren «circunstancias que hagan presumir una notoria reducción en las mismas». La recurrente afirma que podía anticipar esa notoria reducción de las retribuciones en lo que afectaba a un componente esencial de los salarios, como eran las horas extraordinarias, motivo por el que solicitó, y así lo acordó el órgano judicial sentenciador, la práctica de la prueba pericial dirigida a acreditar la efectividad de esa notoria reducción. Al no haberse llevado a efecto la prueba admitida, la demandante sostiene que se han vulnerado los derechos fundamentales para cuya reparación se solicita el amparo.

V. Fundamentos jurídicos:

El fundamento jurídico segundo analiza, como cuestión previa para pronunciarse sobre el fondo del asunto, si se ha agotado la vía judicial previa, pues en caso contrario debería inadmitirse el recurso por incumplirse los requisitos del art. 44.1 LOTC. El Abogado del Estado entiende que concurre este óbice procesal pues no se solicitó, en su momento, la revisión de la diligencia de ordenación de 31 de mayo de 1996 por la que se declaraba concluso el período probatorio.

El Tribunal no acepta este argumento. Primero, porque no le era exigible a la demandante de amparo solicitar la revisión de una diligencia de ordenación que se limitaba a dar a los autos el curso ordenado por la Ley una vez que había finado el plazo establecido por el art. 74.4 LJCA para la confección del ramo de prueba. En segundo lugar, porque en el trámite procesal inmediatamente subsiguiente, el escrito de conclusiones, la entonces actora, una vez comprobado que no se había dado cumplimiento a la prueba originariamente admitida, reiteró la solicitud de práctica de la misma. Finalmente, porque en el frustrado recurso de casación interpuesto contra la Sentencia cuya anulación ahora se postula, figura como primer motivo la vulneración

de los arts. 24.1 y 2 CE por no haberse practicado la prueba.

Entrando ya en el fondo del asunto, el fundamento jurídico cuarto enjuicia si la resolución judicial impugnada vulneró el derecho de la parte a la prueba pertinente (art. 24.2 CE), causándole indefensión (art. 24.1 CE) —tal como sostienen la recurrente y el Ministerio Fiscal— toda vez que la desestimación del recurso contencioso-administrativo se fundó en la falta de acreditación de unos hechos que eran el objeto mismo de la prueba pericial admitida, pero que no se llegó a practicar por causas no imputables a la actora.

El Tribunal prescinde de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y se centra en la posible conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), pues serán estas irregularidades en materia de prueba las que determinen, en su caso, la efectiva indefensión. A continuación advierte que no puede invocarse la infracción de un derecho fundamental por quien, con su pasividad o desacertada actuación procesal, ha contribuido a su materialización. Criterio éste que resulta plenamente aplicable a las demandas de amparo por vulneración del derecho fundamental a la prueba pertinente, no siendo posible su estimación cuando la indefensión denunciada se haya producido mediando negligencia de la parte perjudicada (entre otras, SSTC 183/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 173/2000, de 26 de junio, FJ 6; 211/2000, de 18 de septiembre, FJ 2, y 243/2000, de 16 de octubre, FJ 4).

Conviene el Tribunal con el Abogado del Estado en que la demandante no observó la diligencia procesal que le era exigible en la defensa de su derecho a la prueba, pues el Auto de 26 de mayo de 1996 de la Audiencia Nacional declaró procedente la práctica de una prueba pericial propuesta por la actora, y dispuso que la prueba fuese cumplimentada mediante auxilio judicial, librándose al Juzgado de Primera Instancia de Dos Hermanas el correspondiente exhorto *que fue entregado a la parte solicitante, a la que se facultaba expresamente*

para intervenir en su diligenciado. El cumplimiento del acto de auxilio judicial interesado fue reiterado mediante diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 1995 y providencia de 8 de febrero de 1996.

Aprecia el Alto Tribunal que «no consta que la demandante tuviera intervención alguna durante el lapso que medió entre la admisión de la prueba pericial y la formulación del escrito de conclusiones. Así, a pesar de que ostentaba la condición de colaboradora en la ejecución del acto de auxilio acordado, no ha acreditado, y ni tan siquiera aducido, que hubiese realizado ninguna actividad conducente a que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Dos Hermanas se procediera al adecuado diligenciamiento del exhorto. De otro lado, tampoco se dirigió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a fin de que ésta impetrase la realización de la prueba, hasta el punto de que los reiterados requerimientos para que se cumplimentara lo solicitado fueron cursados de oficio en virtud de la diligencia de la indicada Sala».

Concluye, en consecuencia, que la falta de práctica de la prueba admitida no se debió exclusivamente a causas imputables al órgano judicial, pues éste desarrolló toda la actividad que cabía exigirle para evitar ese resultado, mientras que la actora no actuó con la diligencia que es de esperar en quien ostenta la condición de colaboradora para la satisfactoria ejecución del acto de auxilio judicial cuyo objeto era precisamente la prueba pericial.

Ello le lleva a desestimar el recurso de amparo.

VI. Comentario crítico:

En primer lugar, consideramos correcta la admisión a trámite del recurso de amparo por cumplirse el requisito formal de haber agotado la vía judicial previa (STC 296/2000, de 11 de diciembre, FJ único), en cuanto que la parte actora reiteró la necesidad de practicar la prueba pericial tanto ante Audiencia Nacional, en el escrito de conclusiones —al comprobar que no se le ha-

bía dado cumplimiento—, como en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Respecto de la cuestión de fondo, comenzando por el *derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales*, invocada por la recurrente, el art. 24.1 CE dispone su efectividad «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Es preciso, por tanto, delimitar este concepto jurídico indeterminado. La indefensión es el resultado de una ilegítima privación o limitación de medios de defensa —esto es, de alegación y/o de prueba— producida dentro de un proceso, que acarrea al justiciable, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. En todo caso, el juicio de indefensión necesita ajustarse en normas procesales y en su específica aplicación para poder apreciar si se produce o no. Más concretamente, la indefensión se produce cuando se infringe una norma procesal que provoca una privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiéndose por tales las consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas.

Por todo ello, consideramos pertinente centrar la cuestión en el análisis de la posible vulneración del derecho a la prueba del art. 24.2 CE —tal como hace el Tribunal—, alegado también por la recurrente. De entenderse vulnerado tal derecho se consideraría producida la indefensión. Pues bien, según la doctrina del propio Tribunal Constitucional, *el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa*, aunque garantiza a las partes del proceso la aportación de las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a sus pretensiones, dentro de los autorizados por el ordenamiento (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), únicamente se refiere a aquellos supuestos en que concurren los siguientes requisitos: que *haya sido solicitada en la forma y momento legalmente establecido* (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 2; 87/1992, de 8 de junio, FJ 2; 94/1992, de 11 de junio, FJ 3; y 1/1996, de 15 de enero, FJ 2), que *la prueba sea «decisiva»* en términos de defensa (SSTC 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2;

1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5), que *reúna las condiciones de idoneidad objetiva para la acreditación de los hechos que sean relevantes* (STC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 8) y, por último, que *la falta de práctica de la diligencia probatoria admitida sea imputable a la negligencia del órgano judicial*, y no a la de la parte recurrente (SSTC 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2; 205/1991, de 30 de octubre, FJ 3; 246/1994, de 19 de septiembre, FJ 3; 110/1995, de 4 de julio, FJ 4; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; y 26/2000, de 31 de enero, FJ 3).

En el caso de autos, la parte actora solicitó la práctica de una prueba en la forma y momento legalmente establecido, siendo la misma decisiva para adoptar la resolución, pues podría haber acreditado la pertinencia de las menores retenciones practicadas en el año 1983 ante la notoria reducción de horas extraordinarias en dicho ejercicio. Pero en cuanto a los otros requisitos cabe formular varias observaciones.

La *idoneidad* de una certificación pericial de la documentación existente en la Empresa (Libros de Comercio, Auxiliares y Nómina y Declaraciones a la Seguridad Social), como prueba para acreditar la rebaja en las retenciones parece evidente, pero lo mismo hubiera podido conseguirse aportando las nóminas de los años 1982 y 1983 (sin necesidad de ampliarlo a los dos años siguientes) junto a los TC-1 y TC-2 debidamente cumplimentados. Incluso, nos parece más adecuada esta fórmula en aras del principio de facilidad de la prueba derivado de la buena fe procesal (STC 116/1995), por la mayor facilidad de las partes —en este caso, la propia empresa— para aportar al proceso unas pruebas que están en su poder. El Tribunal Constitucional no se cuestiona la pertinencia de la prueba propuesta sobre la base de que «sólo es competente para controlar las decisiones judiciales cuando hubieren inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación [...] ma-

nifestamente arbitraria» (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).

Respecto de la *diligencia probatoria*, pensamos que la parte recurrente incurrió en una clara pasividad pues se comprometió a cumplimentar el exhorto que, de acuerdo con el art. 74.5 Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (en adelante LJC), se remitió al Juzgado correspondiente de Primera Instancia para practicar una prueba fuera de la cabeza de partido. El art. 74.4 LJC remite las normas sobre práctica de la prueba a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), y el art. 290 de la anterior LEC preveía la designación al representante de la parte para su diligenciado, como se hizo en este caso. Ciertamente, la Audiencia Nacional podía haber puesto en conocimiento del superior inmediato del Juez de Primera Instancia la falta de práctica de la prueba, para que adoptase las medidas pertinentes para conseguir su cumplimiento, tal como dispone el art. 296 LEC. Pero este precepto señala que si el exhorto no se cumplimenta en el tiempo previsto en el mismo, «se recordará la urgencia del cumplimiento de oficio o a instancia de la parte interesada», y como la actora se había comprometido a su diligenciado debió ser ésta quien recordara la urgencia del cumplimiento. En cambio, la Audiencia Nacional reiteró lo interesado del Juzgado del Primera Instancia mediante diligencia de ordenación y, posteriormente, por providencia. Tampoco se hallaba el Tribunal obligado a practicar la prueba mediante diligencias para mejor proveer, como se solicitó en el escrito de conclusiones, dado que la parte se comprometió a cumplimentar el exhorto.

Existiendo, por tanto, negligencia en el comportamiento de quien debió actuar como colaborador en el acto de auxilio judicial, nos parece correcta la desestimación del recurso de amparo.

VII. Relevancia jurídica:

La relevancia jurídica del caso, tratándose de un recurso de amparo, se ciñe a la cuestión concreta planteada que, además,

no sufre modificación en cuanto que es desestimado. Mayor trascendencia tiene, en este punto, la STC 26/2000 cuando advierte que se produce indefensión si el órgano judicial que entiende de un asunto notifica la providencia por la que se señala fecha para votación y fallo junto con la Sentencia, pues ello impide interponer recurso contra la práctica de la prueba.

Pero interesa destacar los requisitos que el Tribunal señala como necesarios para entender vulnerado el derecho constitucional de prueba. El difícil equilibrio entre la potestad administrativa, que exige de los ciudadanos el cumplimiento del deber de contribuir, y el derecho a la prueba, se encuentra en los requisitos señalados por el Alto Tribunal para ampararse en este último. En particular, que la falta de práctica de la diligencia probatoria admitida sea imputable *exclusivamente* a la negligencia del órgano judicial, y no a la de la parte recurrente.

De otro lado, la normativa aplicable ha sufrido una transformación por la aprobación de la Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Comenzando por la nueva LJC, el art. 60.4 permite aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de plazo por causas no imputables a la parte que las propuso. En este sentido, si la parte hubiera recibido el exhorto cumplimentado antes de la Sentencia podía haberlo aportado, salvo que se demostrara que la demora obedeció a negligencia suya.

Además, si bien con la vigente LJC se ha multiplicado por cuatro la cuantía para poder plantear recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cualquiera que fuere la materia, el art. 86.2 excluye del límite cuantitativo al «procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso», y entre esos derechos fundamentales se incluye el de prueba. No obstante, debe precisarse que este cauce procesal sólo procede cuando la vulneración del derecho fundamental se ha producido en la tramitación de un expediente administrativo o por un reglamento -artículos 114 y si-

guientes de la LJC-, no pudiéndose utilizar contra resoluciones de órganos judiciales que se dicten en el ejercicio de su función jurisdiccional, de modo que si la vulneración se ha producido en el curso de un proceso contencioso administrativo el cauce para denunciar la vulneración son los recursos jurisdiccionales. Pero de aplicarse ese proceso especial por vulneración del derecho de prueba podría recurrirse en casación ante el Supremo sin límite cuantitativo alguno.

También puede considerarse, con carácter supletorio al no contemplarse expresamente en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (DF primera LJC), el art. 286 LEC, que prevé la posibilidad de práctica de pruebas si «antes de comenzar el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito», se presentase un escrito de ampliación de hechos y el hecho no fuese reconocido por la otra parte -aunque algunos opinan que el legislador no ha contemplado esta eventualidad en la LJC porque no quiere que se produzca en el proceso contencioso-administrativo. Podría objetarse que lo que se establece es un trámite de alegaciones de hechos, pero se lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva si no se admitiese un hecho de relevancia producido o conocido antes de la sentencia que debería ir seguido, en su caso, de la correspondiente prueba, como observa GONZÁLEZ PÉREZ. Evidentemente, esta fórmula no sería aplicable al caso referido en la Sentencia comentada, puesto que el art. 286 LEC se refiere a «hechos nuevos o de nueva noticia», no a la extemporánea práctica o aportación de pruebas sobre hechos anteriores, pero supone una ampliación del plazo de proposición y práctica de la prueba si concurren los requisitos apuntados.

Finalmente, la nueva LEC regula con mayor precisión la figura del exhorto, detallando su contenido (art. 171), introduciendo la posibilidad de remitir los exhortos por los nuevos medios de comunicación (art. 172), señalando la responsabilidad del órgano judicial incumplidor (art. 173), distinguiendo la intervención de las partes en las ac-

tuaciones y la notificación de las resoluciones dictadas (art. 174), previendo la posible utilización de medios informáticos para hacer saber al exhortante el resultado de su cumplimentación (175), y fijando una sanción a los litigantes que demoren la presentación del exhorto en el órgano exhortante o en el Juzgado exhortado (art. 176), con una multa por día de retraso. Con esta previsión se persigue corregir posibles negligencias que den al traste con la práctica del exhorto, como sucedió en los hechos recurridos en amparo objeto de la Sentencia 104/2001.

VIII. Bibliografía:

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «La aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil so-

bre prueba en el proceso administrativo», *REDA*, núm. 111, 2001.

MANTERO SAENZ, A.: «La prueba en la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 50, 1984.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: «La distribución de la carga de la prueba en Derecho tributario», *REDF*, núm. 94, 1997.

PEREZAGUA CLAMAGIRAND, L.: *La prueba en el Derecho tributario*, IEF, Madrid, 1975.

PERIS GARCÍA, P.: *La prueba en la reclamación económico-administrativa y en el recurso contencioso*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

PITA GRANDAL, A.M.: «Introducción al estudio de la prueba en el procedimiento de gestión tributaria», *REDF*, núm. 54, 1987.