

LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

JORGE AMABLE ALVAREZ ESTEBANEZ

TRABAJO FIN DE MASTER

INDICE

I - LA CARGA DE LA PRUEBA

II - PROPUESTA Y ADMISION DE LA PRUEBA

III - MEDIOS DE PRUEBA

1º PRUEBA DOCUMENTAL

2º PRUEBA PERICIAL

3º INTERROGATORIO DE LAS PARTES

4º TESTIFICAL

PROLOGO

Se dice que un hecho está probado cuando su probabilidad es lo suficientemente alta como para permitir afirmarlo. La Ley es conocedora de la separación entre la realidad y el proceso. Lo que el juez sabe por conocimiento personal o con medios ilícitos no tiene valor, aunque sea verdadero. Lo que importa es lo que obra en los autos. El juez tiene que resolver siempre, y si no encuentra una ley adecuada, la crea, si no puede averiguar lo sucedido, lo inventa, ya que es la manera de llegar al fallo y ello obliga al juez, algunas veces a renunciar a la realidad. Las leyes dan al juez un alto margen de especulación a la hora de valorar las pruebas realizadas. Lo importante es la “*impresión*” general de lo juzgado, quien da más credibilidad a un testigo que a otro, o dar preferencia a un informe pericial sobre otro. Quizás no exista otra solución, no dudo de que en la variedad de las reglas procesales es el sistema menos malo al servicio de la justicia, teniendo que decidir el legislador optar por algún modelo. Al final lo ilógico radica en que la garantía del sistema se basa en la ética del juzgador de forma que la verdad juzgada y la realidad, lo justo y lo juzgado, tengan los mayores puntos en común. Y esa actividad tiene su importancia cuando se realice la valoración de la prueba, que será válida cuando se ampare en argumentos racionales y será inválida cuando se ampare en perjuicios, en sentimientos, en afectos o emociones. La prueba en la jurisdicción contenciosa-administrativa se regula en la Ley 29/1988 de 13 de julio, sección 6º (artículos 60 y 61).

I - LA CARGA DE LA PRUEBA

El legislador civil dice en el párrafo 6º del art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil, que las reglas generales ceden cuando hay una disposición expresa que otorgue la carga de la prueba con criterios especiales. Se trata de un precepto conforme con la supletoriedad derivada de la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que respeta el criterio prevalente de la legislación administrativa aplicable al caso¹. Hay que tener en cuenta la confusión normativa en que se mueve la administración para darse cuenta de las numerosas expresiones en que suele hallarse escondida una regla de la carga probatoria.

A diferencia del proceso civil y laboral donde ordinariamente lo probatorio está sin explorar de antecedentes, en el proceso contencioso-administrativo se cuenta con la existencia de un procedimiento normalmente contradictorio y formalizado, lo que rebaja las exigencias probatorias en sede judicial. Tal y como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2000 (rec. 542/1995) “la carga de la prueba es un concepto en el proceso contencioso que se limita a ser tributario de la doctrina civilista, nacida de los arts. 1214 y siguientes del Código Civil. La importancia del expediente administrativo en nuestra jurisdicción explica la falta de relevancia de este tema. La carga de la prueba paradójicamente, tiene interés solo cuando hay falta o ausencia de prueba de hechos relevantes”.

En el ámbito contencioso-administrativo la fuerza de la presunción de legalidad del acto administrativo unido a las prerrogativas genera en el ciudadano la idea de que el administrado que soporta tal actuación asume la carga de probar que la Administración actúa de forma confusa o ilegal. No es así, la jurisprudencia constitucional² señala que la presunción de legalidad del acto administrativo mueve sobre el administrado la carga de evitar el acto ilegal, cuando el particular llama a la Administración a la presencia

¹ La SAN de 30 de marzo de 2006 (recurso 1017/2003) en relación al artículo 217 LEC declara “que se trata de una regla cuyo alcance ha sido conformado por la doctrina científica y jurisprudencial, y que por su carácter genérico opera solamente en defecto de regla especial”.

² STS de 3 de junio de 2008 (recurso 9349/2003) “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de Constitución abarca también a la prueba declarando que se trata de un derecho de configuración legal y para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido, que no tiene un carácter absoluto, por lo que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso”.

ante los jueces de lo contencioso-administrativo, el principio de igualdad de partes se manifiesta en la aplicación de las reglas generales sobre la carga de la prueba, sin ventajas para la Administración.³

No puede aceptarse que la existencia de una potestad discrecional libre a la Administración de la carga probatoria, con mayor o menor alcance según las circunstancias, de los presupuestos que impongan los bienes jurídicos en juego. Así el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 144 / 2006: “que el margen de discrecionalidad de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe de atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquellas no necesitan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. Por lo demás hemos señalado que, no es bastante para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales”.

A los aspectos de la prueba se refieren los tres primeros párrafos del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deroga la fórmula que se contenía en el artículo 1.214 del Código Civil, que hacía la distribución de carga de la prueba con aplicación exclusiva a las obligaciones. Y en este sentido se impone el argumento que dice que “cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.⁴

A la vista de la normativa, cada parte está presionada con la carga de probar los hechos en que se funden sus pretensiones. Este reparto de la carga de la prueba se disminuye en cuanto se da entrada al criterio de la facilidad de la prueba al disponer que para su aplicación el tribunal deba tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que

³ JESUS GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa*, tomo II, 3º edición, editorial CIVITAS, MADRID, 1998, pp. 1124-1128. Sobre la evolución seguida en nuestro Derecho Procesal Administrativo hasta situar en sus justos términos el principio de legalidad del acto administrativo, sin perjuicio sobre la carga de la prueba favorable a la tesis de la Administración.

⁴ MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 25.

corresponde a cada una de las partes en litigio. Aparece así la carga de la prueba íntimamente vinculada al objeto del proceso, al derecho que en los mismos se quiere hacer valer, porque si la norma que regula tal derecho tiene como presupuesto determinados hechos y es necesaria la constancia de estos, el Juzgador al dictar sentencia deberá tomar en consideración qué efectos tiene la ausencia de la prueba, de acuerdo con las normas establecidas por el Legislador, como así declara el Tribunal Supremo⁵ “el juez o tribunal en el momento de dictar sentencia, debe realizar un juicio de verosimilitud de las afirmaciones fácticas aportadas o introducidas por las partes a través de la subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable. En el supuesto de que el Juez o Tribunal no sea posible vencer el estado de incertidumbre por falta de prueba o por la insuficiencia de la practicada, el ordenamiento jurídico señala explícitamente las reglas en virtud de las cuales se determina la parte que resulta perjudicada al no considerarse probadas determinadas afirmaciones fácticas en el caso concreto”.

En el proceso contencioso-administrativo con la falta de norma específica en nuestra ley Procesal, la jurisprudencia⁶ ha aplicado el viejo artículo 1.214 del Código Civil y ahora el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la existencia del expediente administrativo ha restado importancia a las reglas de la carga de la prueba. La práctica diaria ha restado importancia en el proceso contencioso basado en las previas actuaciones administrativas y la presunción de validez de las mismas que recoge el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que supone el cargar al recurrente con la

⁵ STS de 24 de octubre de 2002.(recurso 1132/98).

⁶La STS de 24 de octubre de 2002 (recurso 1132/1998):” las consecuencias de la falta de diligencia de las partes en asumir la carga de la prueba son de menor gravedad en los procesos en que rige de modo más acusado el principio de investigación, en la medida que se confiere al órgano jurisdiccional facultades para acordar de oficio la práctica de la prueba en aras de una búsqueda de la verdad material. En el proceso administrativo, el artículo 75 LJCA permite al Juez o Tribunal acordar de oficio el recibimiento a prueba, disponer la práctica de cuantas estime pertinentes y acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia. Pero ello no priva de importancia a los criterios sobre la carga de la prueba , ni permite que se olvide la necesidad de que las partes promuevan diligentemente el recibimiento a prueba y la práctica de aquellas que tiendan a lograr el convencimiento del Juez o tribunal sobre la realidad de los hechos cuya prueba les incumbe, ante la posibilidad de que se produzcan las consecuencias perjudiciales derivadas de la incertidumbre sobre los hechos para quien soporta dicha carga, si el órgano judicial no hace uso de las facultades de investigación que le confiere la norma. El reparto de la carga de la prueba entre las partes debe responder a una determinación legal “*ius cogens*” substraída a la disponibilidad de las propias partes. Y, como hemos indicado, la infracción del principio de dicha carga es susceptible de invocarse en casación, a diferencia de la errónea valoración de la prueba”.

obligación de probar que dichas actuaciones no son conformes a la legalidad. Se consideró principio de obligado cumplimiento que el demandante debe soportar siempre la prueba de los hechos en los que basaba su pretensión, no existiendo disposición alguna que permita sustituir en esa obligación a la Administración, y en la práctica, aunque no de forma unánime, mantuvo en un primer momento esta misma opción argumentando sobre la base del carácter revisor de la Jurisdicción y la presunción de validez de los actos administrativos que consagraba el artículo 45 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.⁷ Hace tiempo que los tribunales han superado la referida etapa y dicen que al Recurso Contencioso-Administrativo son aplicables las normas probatorias de la legislación civil. Digo que la presunción de legalidad que corresponde al acto administrativo no implica, el desplazamiento de la carga de la prueba, dicha presunción comporta la carga de recurrir en sede judicial la resolución administrativa, pudiendo basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos imputados o de aquellos que servían de presupuesto a dicha resolución. Se acudía entonces al artículo 1214 del Código Civil, ubicado en la regulación de la prueba de las obligaciones. Según dicho precepto, ahora derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 y sustituido por el artículo 217 de la Ley Procesal “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que se opone”, y sobre tal previsión se recoge un principio general que atribuye a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de hecho de las normas que invocan a su favor. Si no aparece probado un hecho relevante para la aplicación de la norma, no puede aplicarse esta. Así resulta que el actor se atribuye la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los hechos excluyentes.⁸

Y está también unido a las reglas de la carga de la prueba, la posibilidad probatoria que tiene el expediente administrativo, o más concretamente, las actuaciones que en el mismo constan. En este sentido deberá admitirse que los documentos que integran su contenido han de surtir los efectos de los documentos públicos y hacer prueba. La cuestión surge, no en cuanto a los documentos como tales, sino en cuanto hacen constar situaciones de hecho. Se puede finalizar diciendo que el recurrente se encuentra en una situación de desventaja respecto de la Administración demandada, a la hora de

⁷ ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA, *Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil*, ed. CIVITAS, Madrid, 1993, págs. 80 a 82.

⁸ MONTERO AROCA J. *El nuevo proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 31 y 32.

establecerse la carga de la prueba. No parece que así deba ser a la vista de la protección que le confiere su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹

II - PROPUESTA Y ADMISION DE PRUEBA

La prueba es un peso y no constituye una obligación sino que la falta de diligencia de la parte de probar comportará un perjuicio, como es no considerar los hechos probados¹⁰. En materia probatoria rige el principio de preclusión en distintos momentos según el medio de prueba que se utiliza y la fase procesal en que se encuentre el pleito.

El vencimiento del plazo para presentar la demanda o la contestación hace precluir el trámite para aportar el material probatorio de la parte, sin que pueda reservarse su aportación para otro momento salvo los casos excepcionales y tasados de justificación de la imposibilidad de presentación en tiempo.

Para los documentos que no estuvieren disponibles al tiempo de los escritos de demanda y contestación por encontrarse en los casos del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: documentos sobrevenidos, ignorados o de imposible obtención anterior por causas no imputables a la parte el plazo abierto de presentación finaliza al término de la vista o juicio según el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la práctica de las diligencias de prueba que considere necesarias de oficio el juzgador, este dispondrá del plazo comprendido entre la finalización del periodo de prueba y la declaración del pleito concluso para sentencia según el artículo 61.2 de la Ley Jurisdicción Contencioso –Administrativo. No obstante, el artículo 434.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de acordar diligencias finales dentro del plazo para dictar sentencia, lo que otorga al juzgador la posibilidad de acordar tales

⁹ SANTAMARIA PASTOR, J.A, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pag.208.

¹⁰ STS (recurso 782/2005), de 27 de junio de 2008 “la circunstancia de que las pruebas se propusieran de modo incorrecto no conllevaba de manera ineluctable su inadmisión, ni mucho menos, la imposibilidad de subsanación de los defectos advertidos... resulta desproporcionado negar, sin más, una prueba que se reconoce relevante para la decisión de la contienda, con el argumento de que tal y como se ha propuesto no se recoge en la normativa aplicable al litigio”.

pruebas en tiempo real, al valorar el material probatorio preexistente y examinar las alegaciones en tiempo de dictar sentencia.¹¹

En el proceso ordinario el recibimiento del proceso a prueba se realizará por medio de “otrosí” en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberá expresarse de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba según el artículo 60.1 de la ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Esta regulación de la Ley contenciosa se aparta de la regulación del orden civil, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé un trámite expreso de recibimiento a prueba.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil impone que la solicitud del recibimiento a prueba se efectúe en los escritos de demanda y contestación o alegaciones complementarias, y no en la comparecencia previa posterior que tiene lugar en los juicios civiles¹². De ahí que el silencio en los actos procesales iniciales de las partes acarrea la pérdida del derecho a volver a plantear la solicitud en un momento posterior, sin perjuicio de las diligencias finales. En el caso de que la necesidad de prueba para los argumentos del recurrente aparezca después de la lectura de la contestación por introducir nuevos hechos importantes, es posible que el recurrente pida el recibimiento a prueba dentro de los tres días siguientes a aquel en el que se le haya dado traslado de la misma según el ex artículo 60.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Ley contenciosa impone la obligación de expresar en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba. Esto responde a la existencia de un expediente administrativo previo, en el que normalmente, tanto los interesados como la Administración han podido practicar las pruebas oportunas, lo que aligera la carga probatoria en el proceso¹³. Esta exigencia del legislador llama a la parte para que haga un resumen de su escrito de demanda o contestación y centren el objeto probatorio, de forma que el órgano jurisdiccional no se vea obligado a realizar investigaciones de

¹¹ JOSE RAMON CHAVES GARCIA, *La Prueba Contencioso-administrativa: Análisis Dogmático y Jurisprudencial*, Editorial UNIVERSITAS, Madrid, 2007, págs. 58 a 60.

¹² MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pag.201.” La desaparición en el ámbito civil del recibimiento a prueba es tributaria de la idea del legislador de la LEC de la inutilidad del trámite en tanto no existan hechos controvertidos. Sin embargo la doctrina ha criticado esta opción ya que se dan supuestos de discrepancia no sobre los hechos de la prueba sino sobre la oportunidad o no de la misma”.

¹³ GONZALEZ RIVAS J.J. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 463.

antecedentes y fundamentos de derecho que suelen incorporar los escritos de las partes. Y si no se hace así la Ley establece la presunción tácita de la renuncia a la prueba, en la creencia de que no hay puntos de hecho a probar y por tanto no ha lugar al recibimiento del pleito a prueba.

Tras la ratificación de la demanda y oído el demandado sobre posibles obstáculos procesales, momento en que las partes deben dejar claro los hechos en que fundamenten sus pretensiones y si no hubiere conformidad sobre ellos, el juez recibirá el pleito a prueba. En el procedimiento abreviado se está a la expectativa de si en la vista oral existe o no discrepancia sobre los hechos, por lo que el demandante podrá solicitar el recibimiento a prueba en la demanda o bien esperar a la vista, con igual rigor que en el juicio ordinario, en la fase anterior a la proposición de pruebas concretas, cada parte debe exponer el hecho o hechos concretos que se pretenden probar y la otra parte manifestar su disconformidad, como paso previo obligatorio a la admisión y práctica¹⁴.

De acuerdo con el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los distintos medios de prueba han de expresarse con separación, lo que facilitará los conocimientos que sustentan los hechos defendidos por la parte y facilitará su desarrollo.

Hay que tener presentes las prevenciones de cada medio de prueba. Así, por ejemplo, en materia documental habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre modo y tiempo de aportación, en materia de testigos habrá de expresarse su identidad con los datos que hagan posible su identificación, su domicilio y residencia según el artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la especial relevancia que tiene la prueba de interrogatorio de la Administración y que de acuerdo con el artículo 315 de la L.E.C. requiere remitir una lista de preguntas tras la admisión de tal prueba¹⁵.

Ha de tenerse presente la aplicación en el orden contencioso del artículo 429.1 de la L.E.C. a título supletorio que dispone “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta

¹⁴ ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA, Privilegios de las Administraciones públicas en el proceso civil, ed. CIVITAS, Madrid, 1993, págs. 101 y 102.

¹⁵ VICENTE GIMENO SENDRA, VICTOR MORENO CATENA, PASCUAL SALA SANCHEZ, *Derecho Procesal Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. , Madrid, 2001 págs. 197 a 199.

manifestación, el tribunal podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere convenientes. Las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”. Aunque el artículo 61.1 de la L.J.C.A. faculta al juez para acordar de oficio y directamente la práctica de prueba que estime conveniente, el artículo le permite que tales pruebas puedan ser propuestas por las partes y oír su opinión al respecto.

La Ley procesal da mayor protagonismo al juez contencioso que al juez civil porque no ignora el interés público existente en los litigios y deja en manos del criterio del juez el administrar la potestad de completar la pasividad de probar de las partes.

Esta decisión tiene mucho margen de discrecionalidad al afectar al principio de igualdad procesal de las partes, ha de tratarse de una actividad excepcional, motivada y de aplicación restrictiva, tal potestad ha de ejercerse sobre la base de la pertinencia para las cuestiones litigiosas controvertidas, su finalidad está en velar para la acertada decisión del asunto. Lo recomendable para no alterar el equilibrio en el pleito será reservarse la potestad probatoria para el planteamiento de diligencias finales.¹⁶

III - MEDIOS DE PRUEBA

1º La prueba documental

Entre los medios de prueba, tiene especial importancia la prueba documental en el proceso administrativo, ya que la base del litigio consiste en el expediente administrativo, construido mediante la incorporación de solicitudes, denuncias, informes, comunicaciones, resoluciones, certificaciones y otras decisiones, todas las cuales por su formalización piden como contraprueba otras pruebas documentales.

El concepto raíz “*documento*” se divide en documentos públicos y privados, y los documentos públicos se dividen a su vez en documentos públicos de veracidad cualificada (expedida por fedatario) y documentos públicos de veracidad presunta (emitido por funcionario no fedatario).¹⁷

Desde la posición del soporte del documento, distinto es el criterio acogido por la LEC y por la LAP. Por la LEC y para el Código Civil, el concepto de documento se limita al

¹⁶ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, ed. CIVITAS, Madrid, 1992, pág. 271.

¹⁷ J. M. RIFA SOLER, *Del dictamen de peritos*, ed. IURGIUM EDITORES-ATELIER, Barcelona, 2000, pág. 96.

autorizado por funcionario competente y distinto de los soportes de sonido, imagen o electrónico (que se alza como medio diferenciado); en cambio para el artículo 46.4 de la Ley 30/92 la noción de documento se extiende a los “válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas” y entre los que de acuerdo con el artículo 35.5 se incluyen soportes electrónicos, informáticos o telemáticos.

La iniciación del proceso contencioso-administrativo requiere la presentación de la documentación relativa a los llamados requisitos de procedibilidad indicados en el artículo 45 LJCA: representación del compareciente (mediante poder salvo que la representación se otorgue –apud acta-), identificación de la actuación administrativa impugnada (acto expreso, presunto, inactividad o vía de hecho), acuerdo de autorización de ejercicio de acciones en caso de las personas jurídicas, etc. Tal documentación procesal se acompañará al escrito de interposición en el procedimiento ordinario, salvo que se inicie el recurso directamente por demanda en los casos del artículo 45.5 LJCA, y a la demanda en caso de canalizarse por el procedimiento abreviado.¹⁸

En caso de ausencia de tales documentos se requerirá para su subsanación, concediendo a tal efecto un plazo de diez días, y de no cumplimentarlo en tiempo y forma, se ordenará el archivo de las actuaciones.

En lo que se refiere a la documentación material con valor probatorio sobre el fondo de la cuestión en litigio, en el caso del juicio ordinario, la Ley impone la carga de acompañarla a la demanda o la contestación. Ello es debido a la finalidad de evitar que cada parte pueda sorprender a su contrario con documentos importantes que rompan el juego limpio de enfrentar pretensiones y oposiciones, o se presente el proceso con nuevos hechos o pruebas con la consiguiente dilación y desorden.¹⁹

El apartado 3 del artículo 56 LJCA dispone “Con la demanda y la contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho, y si no obrasen en su poder, designarán el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren”. El apartado 4 del mismo artículo establece las consecuencias preclusivas de la no aportación “después de la demanda y contestación no se admitirán a las partes más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos en el

¹⁸JUAN A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, págs. 227 a 229.

¹⁹J. M. RIFA SOLER, *Del dictamen de peritos*, ed. IURGIUM EDITORES-ATELIER, Barcelona, 2000, pág.98.

proceso civil. No obstante, el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista y conclusiones”.

El artículo 265 de la LEC dice:

“a toda demanda o contestación habrán de acompañarse:

- a) Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden²⁰.
- b) Los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes.
- c) Las certificaciones o notas sobre cualquier asientos registrales o sobre el contenido de libros registros, actuaciones o expedientes de cualquier clase.
- d) Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley.
- e) Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquellas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical²¹.

Solo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios o instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación.

Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se pueda pedir y obtener copias, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior.

²⁰ La STS de 3 de julio de 2006 (recurso 9620/2003) reprocha “la falta de lealtad procesal de las partes intervinientes en el presente recurso omitiendo poner en conocimiento de este tribunal la existencia de una sentencia firme que había anulado la convocatoria del concurso objeto de impugnación”.

²¹ JESUS GONZALEZ PEREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, editorial CIVITAS, Madrid, 2001, 3ª edición, págs. 101 a 103.

No obstante, lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, los documentos y medios, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.

En los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios o instrumentos en el acto de la vista.

La aportación de los documentos disponibles no es una regla de cortesía ni una invitación a las partes para que los adjunten a la demanda o a la contestación, sino que es una regla de buena fe y lealtad procesal cuya violación está penalizada²². Así en caso de no presentación inicial de un documento el artículo 269 LEC atribuye la consecuencia de la preclusión o cierre procesal a su aportación²³ “cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios o informes, que según esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en el que el documento se encuentre, sino se dispusiere de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente”.

El legislador, es consciente de que no pueden haberse presentado temporáneamente por causas ajenas, o que el desarrollo del procedimiento, lleno de trámites, hasta que se declaren finalizados, puede comportar un retraso temporal durante la cual puedan aparecer documentos novedosos y relevantes. De ahí que el artículo 270 LEC indica que documentos pueden presentarse con posterioridad a la demanda o contestación, esto es, los de fecha posterior, los de fecha anterior pero cuya existencia desconocía la parte, y en caso de “no haber sido posible obtener con anterioridad los documentos por causas no

²² SAN de 21 de julio de 2006 (recurso 31/2006)”, precisa que la sentencia apelada no pudo tener en cuenta informes posteriores sobre aptitud médica para una plaza al servicio de la Administración, ya que tuvo que circunscribirse necesariamente a los hechos ocurridos con anterioridad –al momento en que se realizaron las pruebas de la convocatoria objeto de revisión-”.

²³ STS de 1 de abril de 2003 (recurso 485/2001),” que en orden a acreditar la propiedad de inmuebles rechazó la eficacia probatoria de envíos postales a un domicilio determinado, fotocopia de ejemplares de prensa, acreditación de actos públicos en el inmueble y similares medios, ya que tales pruebas –solo servirían para acreditar si acaso el domicilio circunstancial o la ocupación accidental, pero están lejos de certificar con un mínimo de verosimilitud, exigida por razones de seguridad jurídica, la propiedad o el arrendamiento”.

imputables a la parte siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 26”.²⁴

El artículo 272 resuelve el supuesto de presentación de un documento de forma injustificada en momento no inicial del proceso “el tribunal, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiera presentado”. Si el juez no lo hiciera así de oficio, la parte podrá alegar, en el juicio o en la vista, la improcedencia de tomar en consideración los documentos o dictámenes extemporáneos, resolviendo aquel en el acto, e incluso imponiendo una multa si aprecia ánimo dilatorio o mala fe procesal en la aportación del documento. La resolución judicial *–en el acto–* pasará por una ponderación de la razonabilidad de la justificación expresada por quien lo presente extemporáneamente así como el grado de indefensión que supone para la contraparte su admisión.²⁵

Un requisito puramente formal pero con transcendencia es la necesidad de acompañar a la demanda o contestación tantas copias como partes, con el objeto de que el tribunal efectúe su traslado, ya que si el procurador omitiese la presentación de estas copias se tendrá a los escritos por no presentados o a los documentos por no aportados, a todos los efectos.²⁶

En la práctica en el ámbito contencioso-administrativo es usual fundar la pretensión o su oposición en documentos oficiales obrantes en archivos de la Administración Pública (demandada o no), y en materia de urbanismo es frecuentísimo apoyarse en testimonios notariales, catastrales o del Registro de la Propiedad. Si nos acogemos a la literalidad a la norma procesal contenciosa, podría el demandante limitarse a designar en su demanda los archivos o registros públicos, dejando para la fase probatoria su obtención.

Si nos apoyamos en la estricta literalidad de la norma procesal civil, el demandante debería aportar tales documentos públicos junto el escrito de demanda, so pena de no poder aportarlos posteriormente.

²⁴ El ATS de 27 de abril de 2005 (recurso 2499/2001),” precisa que no cabe la presentación de escritos al amparo de los casos indicados en el artículo 270 de la LEC con la ocasión de la interposición del recurso de casación pues dicha previsión se refiere a momento anterior a dictarse sentencia en primera o única instancia”.

²⁵ La TSJ de Asturias de 22 de junio de 2004 (recurso 505/2001) establece” de ahí, que ante la pasividad procesal del recurrente, el artículo 269 LEC desplegó toda su operatividad al cerrar toda posibilidad de presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos”.

²⁶ VICENTE GIMENO SENDRA, VICTOR MORENO CATENA, PASCUAL SALA SANCHEZ, *Derecho Procesal Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, págs. 78 y 79

Las diferencias de seguir una u otra norma son importantes. En el primer caso (LJCA), los documentos pueden ser obtenidos en la fase probatoria, tras apreciarse su necesidad y a instancia del juez, y además sin coste para la parte. En el segundo caso (LEC), los documentos deben ser obtenidos con celeridad antes de vencer el plazo de formalizar la demanda o contestación, y además la parte deberá correr con los gastos de su obtención.

Una vez aportados los documentos junto con la demanda o contestación, las partes no tienen la carga de volverlos a presentar en la fase de prueba, ni siquiera de presentar su reproducción, ya que tales pruebas han de reputarse inútiles por ser reiteración de las ya admitidas.

2º La prueba pericial

En el proceso judicial los autos contienen múltiples cuestiones cuya correcta apreciación requieren ciencias o técnicas ajenas al derecho y cuyo dominio universal no puede exigirse a ningún ser humano. De ahí la necesidad de la colaboración de profesionales ajenos al proceso que elaboran sus dictámenes, tarea que se verá completada con la decisión jurídica que corresponde adoptar al juzgador. Así pues, si la Administración cuenta con técnicos o asesores, el órgano jurisdiccional²⁷ cuenta con los peritos para la asistencia técnica allí donde no alcanza el conocimiento jurídico. De ahí que técnicamente este experto no sea calificado de parte ni de testigo sino de perito. Y es que el perito es llamado al proceso no para que aporte hechos, sino para que emita su opinión sobre los hechos concretos objeto del debate.²⁸ Los hechos, en cuanto a

²⁷ STSJ de Extremadura de 22 de septiembre de 2006 (recurso 1056/2004), subraya que “ las pericias realizadas por órganos de la Administración ajenas inicialmente a los intereses en juego, por cuanto se realizan con todas las formalidades legales y garantías procedimentales por su competencia, imparcialidad y objetividad han de gozar de todo crédito cercano al valor de una presunción iuris *tantum*, siempre que a través de otras pericias o medios de prueba no se demuestre el error en que aquellos pudieran haber incurrido”.

²⁸ SAP de Santander (recurso 304/2003) de 11 de septiembre, “como suele suceder con este tipo de asuntos, contamos con pareceres técnicos discrepantes, de los cuales unos benefician al actor y otros a los demandados. Entre los primeros se encuentran siempre los informes periciales realizados por orden del demandante y a su costa, que merecen escaso crédito de este Tribunal, pues quien contrata y paga, suele mandar, vicio de parcialidad del que adolecen también los informes presentados por los demandados, casi siempre complacientes con las propias tesis. Ante este estado de cosas, la credibilidad que alcanzan los informes emitidos por los peritos judicialmente designados conforme a un método aleatorio (insaculación), más que quedar reforzados por la escasa fuerza de convicción de los informes privados, aparece como única,, en sede de valoración de prueba, cuando esta es personal, aunque técnica, es prestada por personas, suele resultar definitiva la confianza que el perito despierta en el tribunal, lo cual deriva a fin de cuentas en una doble circunstancia: la profesionalidad del perito y sobre todo, su imparcialidad. La profesionalidad podemos presumirla ciertamente de toda persona que posee título, pero no sucede o mismo con la imparcialidad, que queda seriamente cuestionada cuando el

acaecimiento, ya estarán en el proceso, a través de la demanda y su contestación. En el proceso administrativo, la intervención pericial tiene importancia teniendo en cuenta la expansión del Derecho Administrativo sectorial adentrándose en campos de fuertes conocimientos técnicos (urbanismo, telecomunicaciones, responsabilidad médica, patrimonio cultural, preservación ambiental). De ordinario, al existir un previo expediente administrativo, lo natural será la existencia de informes técnicos emitidos por empleados públicos que apoyan la decisión administrativa final, con lo que la carga probatoria del particular demandante que los cuestione se dificulta porque de nada valen los buenos argumentos jurídicos si estos se sostienen sobre un informe técnico endeble y que no alcance a desvirtuar el informe de la Administración.²⁹

El diseño de la prueba de peritos en la LEC no admite su transposición al proceso administrativo con la sola aplicación de la regla de la supletoriedad. De entrada, hemos de diferenciar dos modalidades de prueba pericial, una la prueba por medio de los dictámenes periciales aportados al proceso por las partes y otra la prueba por medio de dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal. Ambas modalidades de prueba son compatibles y no se excluyen entre sí, ya que es normal que los informes de parte sean contradictorios y no existen elementos para valorar positivamente uno u otro con arreglo a la sana crítica.³⁰

El artículo 336 de la LEC obliga a que los litigantes acompañen los dictámenes periciales a la demanda o a la contestación, y si no fuera posible deberían decirlo en aquellos escritos y presentarlos rápidamente. Esta novedosa previsión pudiera plantear problemas de aplicación en el procedimiento ordinario del orden contencioso – administrativo.³¹

Razones de economía procesal y rapidez justifica la exigencia de aportar los dictámenes periciales junto con la demanda, sin necesidad de retraso a momento posterior, ya que la fase de proposición de prueba ni es preceptivo ni siempre tiene lugar, ya que es posible

perito es contratado y pagado por la parte, y que, por lo mismo quede confirmada cuando no existe ningún vínculo entre perito y parte”.

²⁹FERNANDO GOMEZ DE LIAÑO, *Del dictamen de peritos*, editorial FORUM, Oviedo 2000, pág. 26 y 27

³⁰ STS de 17 de julio de 2000 (recurso 8386/1994), la mayor credibilidad de los técnicos más alejados de los intereses de las partes, y precisamente en aplicación de tales criterios, es de estimar que las conclusiones formuladas por los técnicos municipales están dotadas de presunción de mayor objetividad, al estar alejados de los intereses de parte.

³¹ JOSE MARIA RIFA SOLER, *Del dictamen de peritos*, editorial IURGIUM EDITORES-ATELIER, Barcelona, 2000, pág. 86

que los dictámenes aportados inicialmente por las partes no sean discutidos, con lo que no habiendo disconformidad con los hechos no tendría sentido abrir el pleito a recibimiento a prueba ni proponerla. De todo lo expuesto derivamos la carga de las partes de acompañar sus escritos iniciales con los informes periciales que sirvan de fundamento a sus alegaciones salvo las excepciones tasadas.³²

Los preceptos de la LEC relativos a la prueba pericial no son de aplicación a los informes de los técnicos de la Administración que obran en el expediente, sin que por ello les prive de su consideración de informes periciales y sin que mengue su valor³³. Solución diferente son los informes emitidos por los particulares y que estando incorporados formalmente al expediente administrativo, no tienen el carácter de prueba pericial si no son traídos al proceso junto con la demanda y sometidos a contradicción en la fase probatoria.

En el juicio abreviado no resultaría aplicable buena parte de la regulación de la LEC en materia de prueba pericial por el principio de celeridad y concentración que lo inspira. Así en el juicio abreviado el acto de emisión de la prueba pericial tiene lugar en la vista oral (una cosa es cuando se presenta con la demanda y otra cuando trasciende su eficacia probatoria a los autos, no puede aceptarse que ello comporte la automática suspensión de la vista y concesión de tres días para petición aclaraciones como sucede en el procedimiento ordinario. Así el plazo adicional es incompatible con el principio de concentración y de unidad de acto en la vista oral, por lo que tal exigencia de retraso ha de tenerse por no aplicable en relación con el procedimiento abreviado.³⁴

Un elemento clave de la regulación del procedimiento abreviado es la previsión de la práctica de la prueba en la audiencia principal. El párrafo legal decisivo, sobre este particular, es el número 10 del artículo 78 LJCA, cuando prevé que en el propio trámite de la vista, después de las alegaciones del demandante y del demandado, “se

³² FERNANDO GOMEZ DE LIAÑO, *Del dictamen de peritos*, editorial FORUM, Oviedo, 2000, pág. 26.

³³ STS de 19 de diciembre de 2006 (recurso 3878/2004), donde considera que existe “una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad puedan ser positivamente demostrados, pueden ser controlados jurisdiccionalmente” y siendo el campo urbanístico donde los tribunales otorgan especial valor y prevalencia al informe de los arquitectos municipales por su presunta objetividad unida a la experiencia caso de los informes emitidos con ocasión de la declaración de estado ruinoso.

³⁴ FERNANDO GOMEZ DE LIAÑO, *Del Dictamen de Peritos*, editorial FORUM, Oviedo 2000, págs. 42 y 43.

propondrán las pruebas y una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente”.

Por tanto, las partes propondrán (primero el demandante y después el demandado) los medios de prueba que estimen necesarios, prueba, que habrá de practicarse en el mismo acto del juicio, lo que significa, en principio, que las partes deberán concurrir al mismo con todos los medios probatorios de que intenten valerse.

El juez resolverá en el mismo acto sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas rechazando, las ilícitas, impertinentes o inútiles. Las resoluciones dictadas por el órgano judicial sobre la denegación de pruebas o sobre admisión indebida de las que se denunciaron como obtenidas con vulneración de derechos fundamentales se harán constar en acta y serán recurribles en súplica en el mismo acto del juicio en el que el Juez resolverá lo que estime procedente y, quedando constancia en acta de las razones de la denegación y de la protesta de la parte, en su caso.³⁵

La regulación de la prueba en el procedimiento abreviado, se tomó como modelo el juicio oral del procedimiento laboral, incluso alguno de los apartados del artículo 78 LJCA, constituyen un reflejo de lo que se establece en la LPL

Con relación a la prueba pericial, el artículo 78.16 LJCA recoge otra regla del juicio laboral (artículo 93.1 LPL), a cuyo tenor “en la práctica de este medio de prueba no serán de aplicación las reglas generales sobre la elección de peritos”. En un principio, la inspiración en el proceso laboral, llevaba a interpretar esta regla en el mismo sentido que para la práctica de la prueba testifical, esto es, la parte a la que interesa proponer y practicar la prueba pericial, debía asegurarse de la presencia el día de la vista del perito, cuyo dictamen interese, para lo cual, como es lógico, debía haberse puesto en contacto previamente con dicho perito a los efectos de contratar sus servicios.³⁶

La referencia al artículo 78.16 LJCA a la no aplicación de las reglas generales sobre la elección de peritos, no tiene importancia tras la entrada en vigor de la LEC, que suprime el antiguo sistema de elección de peritos. De este modo el órgano judicial puede designar perito de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 341 LEC

³⁵ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, ed. CIVITAS, Madrid, 1992, pág. 237

³⁶ MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 49 y 50.

(sorteo mediante lista corrida), regla esta igualmente aplicable al proceso contencioso-administrativo, dada la supletoriedad de la norma procesal civil.³⁷

Los peritos propuestos y admitidos por el órgano judicial, serán llamados en el acto de la vista, debiendo prestar juramento o promesa de decir verdad, a requerimiento judicial con los apercibimientos legales de rigor.³⁸

A continuación, el perito interviniente manifestará si ratifica el dictamen emitido, y responderá a las preguntas que le formule la parte que ha propuesto esta prueba. Seguidamente, será interrogado por la parte contraria, que puede igualmente, formular tachas cuando concurra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 343 de la LEC. El Juez resolverá lo que proceda en el mismo acto, quedando constancia de su resolución en el acta del juicio. También el juzgador podrá formular preguntas a los peritos y requerir de ellos las explicaciones que considere oportunas.³⁹

3º) Interrogatorio de las partes

El artículo 301 de la LEC matiza que “cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás...”, la voluntad del legislador de limitar tal medio de prueba exclusivamente al interrogatorio de la otra parte. En consecuencia no es posible la prueba de interrogatorio *–de sí mismo–*, porque la literalidad del artículo 301 LEC es inequívoca, sería contrario a la buena fe y provocaría cierto riesgo de indefensión el que la parte se reservase algunos de sus alegatos para decirlos en fase probatoria mediante el ardid de un hábil interrogatorio del letrado de la propia parte en vez de exponerlos y acreditarlos junto con la demanda y porque si lo expuesto en la demanda o contestación son los hechos y consideraciones que afirma el propio demandante o demandado, en caso de no reservarse información alguna, el interrogatorio personal ulterior sería

³⁷ STS de 4 de octubre de 2004 (recurso 2955/2000), afirmó que “el motivo que habilita la casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales está condicionado a una doble exigencia: indefensión para la parte y petición de la subsanación en la instancia de existir momento procesal oportuno, y en el caso de autos existió indefensión, pues al no tener conocimiento del dictamen pericial emitido en otro proceso en el que no eran partes, se les privó de su derecho de defensa, y se conculco el principio de contradicción”.

³⁸ STS de 14 de marzo de 2006 (recurso 624/2002), señala “que no puede invocarse indefensión alguna por no practicarse la prueba pericial acordada a instancia de una parte que se frustró por incumplimiento de su obligación de anticipar los fondos necesarios, sin que pueda imponerse al Tribunal su ulterior práctica como diligencia para mejor proveer, al ser esta una facultad discrecional del órgano judicial”.

³⁹ A.V. ILLESCAS RIUS, *La prueba pericial en la Ley 1/2000*, editorial ARANZADI, Cizúr Menor, 2002, págs. 76 y 77.

superfluo, y en caso de haberse reservado datos relevantes, tal interrogatorio personal sería contrario al principio probatorio “quien pudiendo hablar y declarar opta por el silencio, está aceptando tácitamente lo no cuestionado”.

Cada parte podrá exponer su declaración cuando la proponga la contraria o cuando así se acuerde como diligencia final, momento en que podrá responder a cuantas cuestiones estime oportunas su propia representación.

Asimismo, en el caso del procedimiento abreviado, el apartado 19 del artículo 78 LJCA autoriza a la persona que sea parte en el asunto, con la venia del Juez, “a exponer de palabra lo que crea oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada”, si bien se trata de un mero alegato unilateral, sin incidente contradictorio o trámite complementario alguno.

En cambio, cada parte tendrá ocasión de exponer su declaración cuando lo proponga la contraria o así se acuerde como diligencia final, momento en que podrá responder a cuantas cuestiones estime oportunas su propia representación.

Cuando en la fase probatoria se pretende obtener información de las autoridades públicas o titulares de órganos administrativos, debe distinguirse el caso de que tal declaración proceda de la Administración demandada (será una prueba de “confesión” en la vieja terminología), o que proceda de otra Administración pública no demandada (será una prueba testifical de persona jurídica pública).

El artículo 315 LEC dispone que “cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista de las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos”.⁴⁰

Como subrayó la STS de 31 de mayo de 2004 (recurso 2409/2001) “esta forma de practicar la referida prueba no solo no vulnera ninguna norma o garantía procesal ni

⁴⁰ El ATS de 15 de febrero de 2005 (recurso 72/2004) precisa que “la citada Ley califica esta modalidad de prueba como –interrogatorio en casos excepcionales–, sin duda porque los litigantes que son parte habitualmente en los procesos civiles no tienen la naturaleza pública, que por definición ostenta al menos uno de ellos en los recursos contencioso administrativos, en los que siempre existe una Administración demandada”.

tampoco el artículo 24 de la Constitución, sino que constituye la realización de la específica previsión legal que atiende a la peculiaridad que representa la actuación como parte de la Administración Pública en un proceso judicial”. La explicación jurídica radica en que no hay funcionario o cargo público individualizado con capacidad legal para, por su solo testimonio, comprometer los intereses públicos encarnados en la persona jurídico-pública. La razón práctica radica en la evidencia de que, salvo en Administraciones locales de menor entidad o complejidad, por lo habitual quien tiene la representación legal de la misma no conoce con detalle los hechos alegados en el pleito y necesitados de prueba, ni cuenta con la preparación técnica para dar la respuesta en lenguaje administrativo que requiera a tenor de la pregunta⁴¹.

Se consagra el principio de escritura respecto del interrogatorio a la Administración y se excluye el interrogatorio directo y presencial de autoridades y funcionarios públicos cuando, perteneciendo a la Administración demandada, verse sobre hechos relativos al ejercicio de su cargo o funciones, lo procedente es practicar la prueba por escrito, previo listado de preguntas a cargo del proponente, que deberá remitirse antes del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la Administración, las preguntas complementarias que el Tribunal estime pertinentes y útiles, y si la representación justificase no poder responder, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final.⁴²

Se plantea si a tal previsión se puede renunciar por la Administración y si cabe que un funcionario u autoridad ofrezca alternativamente su testimonio en forma oral; tanto los términos imperativos del artículo 315 LEC (se les remitirá) como el carácter de norma de orden público procesal, impiden tal renuncia. El ATS de 20 de octubre de 2003 (recurso 572/2001) precisa el binomio Administración-escrito y rechaza la personalización oral del testimonio en quien realiza funciones públicas “debemos tener presente que el interrogatorio de la Sra. --- interesa, precisamente, porque, en cuanto Presidenta del Senado, presidia el Tribunal de oposiciones al que se le imputa desviación de poder. No son, pues, sus circunstancias personales ajenas a su cargo público las que reclaman sus respuestas, sino su condición de Presidenta de un órgano de las Cortes Generales, que son parte en este proceso pues, como el recurrente no

⁴¹EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, editorial CIVITAS, Madrid, 1992, págs. 208 a 2010

ignora, contra la actuación de sus Órganos ha interpuesto este recurso contencioso-administrativo. Se dan, por tanto, los presupuestos para aplicar el artículo 315 de la LEC sin que sea obstáculo para ello cuanto dice el recurrente sobre el careo, pues esas manifestaciones son prematuras ya que están anticipando el resultado de una prueba que no se ha practicado todavía”⁴³.

Las preguntas que se efectúen a la Administración han de ser las relacionadas con la función o cargo del órgano cuya respuesta se busca. Aunque la Administración es un órgano complejo, en ocasiones la maraña de competencias hace difícil identificar el órgano al que se plantea la cuestión, por lo que ha de flexibilizarse la exigencia de identificación de aquel (en todo caso la Administración tendrá que actuar con arreglo al artículo 20.1 de la Ley 30/92, y a remitir las actuaciones al órgano que considere competente); y dado que tal interrogatorio ha de referirse a hechos que conozca personalmente, necesariamente ha de ser titular del órgano, sin que sea admisible otro representante. En cambio, al proponer tal prueba ha de precisarse y justificarse su finalidad, y las preguntas han de mantenerse al margen de juicios o valoraciones y moverse dentro de los hechos relevantes para el litigio, sin que puedan plantearse al funcionario o titular del órgano requerido cuestiones de competencia de otro órgano, ni mucho menos, solicitarle explicaciones pertenecientes al fuero interno o de ámbito político que puedan especulativamente inspirar la actuación controvertida⁴⁴.

La prerrogativa pública consiste en la sustitución de la forma oral de las preguntas y respuestas encaminadas a obtener el testimonio de la Administración, por la forma escrita. A tal efecto, se encarece la diligencia de las partes, ya que el proponente ha de formular la relación de preguntas, el juez admitirlas, remitirlas a la contraparte para su contestación escrita, y todo ello dentro del periodo probatorio en el procedimiento ordinario, y con antelación a la celebración de la vista oral en el caso del procedimiento abreviado. Por parte de la Administración, se emitirá respuesta escrita correlativa a las

⁴⁴ La STS de 26 de abril de 2005 (recurso 8038/2002) precisa que “se trata, por tanto de preguntas referidas no a hechos concretos, que es lo que constituye el objeto de la prueba según el artículo 60.1 de la Ley Jurisdiccional, si no a cuestiones jurídicas de exclusiva valoración por el Tribunal a la vista de las normas aplicables al caso”.

preguntas, con la ventaja de poder exponer su criterio con detalle o explicación, y previa deliberación de los responsables⁴⁵.

Normalmente, la voz de la Administración y el alcance de los hechos que acepta son los que aparecen en el expediente administrativo o en la contestación a la demanda, pero no impide que el particular considere conveniente el pronunciamiento expreso de la Administración sobre extremos coincidentes o complementarios de los ya reconocidos o silenciados. En tal caso la Administración al dar respuesta a las preguntas puede aceptar de forma más o menos clara o condicional, determinados hechos.

Es posible que la Administración demandada no se persone y que el juicio prosiga sin ella, el particular es parte necesaria.

La utilidad del interrogatorio de la parte recurrente responde a que unas cosas son las alegaciones vertidas en el escrito de demanda, bajo la intervención del abogado que pretende sostener la procedencia de estimar las pretensiones, lo que puede requerir estrategias de distorsión o ocultación de premisas, y otra cosa muy distinta es la presencia del particular para ser sometido al interrogatorio hábil del letrado de la Administración para extraer matices, aclarar oscuridades o completar omisiones. Y para salvaguardar la igualdad procesal, tras contestar al interrogatorio de la contraparte, su propio letrado intentará subrayar los extremos de su interés o minimizar las posibles contradicciones de su cliente.⁴⁶

En el juicio abreviado, es necesario la asistencia al juicio del particular por si la Administración solicitase la práctica de la prueba de interrogatorio de esa parte, por lo que la citación judicial debiera hacer advertencia a las partes de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio. Especialmente relevante es esta exigencia cuando la parte es una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica, casos en los que el representante deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de aquellas, para que sea citada a juicio. En este punto, en el juicio abreviado, el defensor de la Administración

⁴⁵ ERNESTO PEDRAD PEÑALVA, *Privilegios de las Administraciones Publicas en el proceso civil*, editorial CIVITAS, Madrid, 1993, pág. 37.

⁴⁶ Vid. JOSE RAMÓN CHAVES GARCIA, *La prueba Contenciosa Administrativa...*, editorial UNIVERSITAS, MADRID, 2007, págs. 284 y 285

demandada deberá instar esta diligencia antes de la vista. Si tal persona ya no forma parte de la entidad podrá ser citada en calidad de testigo.⁴⁷

Las partes gozan de amplia libertad a la hora de formular las preguntas, que constituyen el medio para acreditar o contradecir el hecho en litigio. Para ello el abogado realizará la operación mental de la descomposición del hecho en una serie imaginaria de hechos simples, de forma que las preguntas que se formulen a uno o varios testigos se encaminan a ver la realidad que permita formar la cadena de hechos relevantes para sus intereses.

Se prevé que las preguntas se formulen en el curso de la vista oralmente, en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, no incluirán valoraciones ni calificaciones y si estas se incorporaren se tendrán por no realizadas.⁴⁸

La parte interrogada responderá por si misma sin valerse de borrador de respuestas, en sentido afirmativo o negativo, y de no ser ello posible, de forma precisa y concreta, agregando las explicaciones pertinentes. Cosa diferente es la posibilidad del interrogado de solicitar al juzgador que se le permita la consulta de documentos y notas o apuntes para auxiliar la memoria, lo que resultará conveniente cuando el asunto por su complejidad o distancia en el tiempo dificulten la precisión de la explicación.

Si la parte interrogada se negare a contestar o las respuestas fuesen evasivas, el tribunal la apercibirá en el acto de que pueden considerarse reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial.

4º) Testifical

Entre los medios de prueba previstos en el artículo 229 de la LEC es precisamente el interrogatorio del testigo el que ha sufrido una notable modificación en el modo de

⁴⁷ MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 75.

⁴⁸ ATS de 15 de febrero de 2005 (recurso 72/2004) señala que la práctica de esta prueba “esta a sujeta no solo al control ulterior a la pertinencia de las preguntas sino al control previo de su admisión o inadmisión por parte del órgano jurisdiccional. Admisión que, a su vez, exige en buena lógica una justificación o explicación mínima por parte de quien la propone a cerca de su finalidad y objeto, aun cuando no sea exigible precisar en un primer momento el tenor literal de las preguntas que habrían de ser respondidas...” En el caso de los autos la parte recurrente se limitaba a solicitar la práctica.

llevarlo a cabo y practicarlo, en orden entre otros fines, para hacer efectiva la intermediación.

Al ocuparse del procedimiento ordinario, la LJCA se remite a la regulación de la prueba testifical en la LEC. En cambio, los párrafos 14 y 15 del artículo 78 LJCA se refieren a la prueba testifical en el procedimiento abreviado, se establece que no se admitirán escritos y repreguntas para la prueba testifical, en coherencia con la prohibición de posiciones propias de la confesión, y en armonía con la oralidad y espontaneidad que debe presidir el procedimiento abreviado.

No existen limitaciones o prohibiciones a priori, con la sola exclusión de las personas privadas de razón o del uso de los sentidos precisos en relación a hechos que solo puedan percibirse por aquellos, remitiendo la valoración de las posibles tachas a la fase ulterior a la prestación del testimonio.

En cuanto al número de testigos la LEC no fija limitación numérica máxima. No obstante, entendemos que se podrá limitar el número de testigos respecto de aquellos que estén en idéntica posición, para tener conocimiento del hecho y pueda presumirse que están en idéntica perspectiva y su testimonio sería el mismo (si los pasajeros de un autobús contemplan un bache, carece de sentido citar a todos los pasajeros).

En ocasiones, el juzgador considera pertinente pruebas testificales en número elevado referidas a personas de difícil localización, y ante la falta de comparecencia de algunos de aquellos o lo difícil de hallar a estos en otros casos el juzgador con sus propias decisiones, ha de adoptar la máxima diligencia para la efectividad de la prueba, sin perjuicio de aplicar en casos extremos y manifiestos la declaración de abuso de derecho por parte del proponente si tal prueba se ha revelado inútil de forma sobrevenida, sin olvidar que la privación de la práctica de la prueba testifical reclamada solo será procesalmente relevante si ocasiona efectiva indefensión.⁴⁹

⁴⁹ La STS de 24 de junio de 2004 (recurso 204/2000) establece un criterio pragmático “el motivo no puede prosperar porque aparte de que la Sala intentó practicar la prueba, siendo fallido el resultado de este intento por razones imputables al testigo, que no compareció, tampoco puede achacarse a aquella que no lo hubiera intentado de nuevo mediante una diligencia para mejor proveer, habida cuenta de que al tiempo en que la decisión sobre esta podía ser tomada, la Sala ya había llegado a la conclusión de que de dicha prueba no hubiera podido deducirse en ningún caso la existencia de la relación de causalidad pretendida por la parte, tal como afirma el texto de la sentencia que hemos reproducido en el fundamento anterior, lo que excluye la idea de indefensión, que a su vez es

Es importante la modificación operada en el artículo 366 de la LEC sobre el modo de declarar los testigos que resulta de aplicación en la vista oral del orden contencioso-administrativo. Los testigos, declararán separada y sucesivamente por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, salvo que el tribunal considere conveniente alterarlo, y lo harán de manera que no se comuniquen entre sí, ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros, y se adoptarán las medidas que resulten necesarias. Este mandato resulta difícil cumplirlo en numerosos casos atendida la precariedad de medios de las instalaciones judiciales en nuestro país, ya que cuando existe pluralidad de testigos, la incomunicación necesita numerosas dependencias o medidas desorbitadas y prácticamente inviables.

Las preguntas a los testigos, se formularán oralmente, en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión y no habrá de incluir valoraciones y calificaciones. El legislador quiere evitar las preguntas cuya confusa formulación o hábil combinación de hechos evidentes junto a otros falsos pueda provocar la confusión o error del testigo, lo que no es difícil puesto que el entorno judicial altera la serenidad de ánimo, sin olvidar la mayor vulnerabilidad de una persona joven o anciana, una persona tímida o introvertida ante las preguntas de un hábil letrado. Como señalamos en relación al interrogatorio de la parte, para el caso de interrogatorio de testigos, tenemos unas limitaciones de las preguntas posibles para evitar preguntas capciosas, si bien ha de entenderse en sentido flexible facilitando la formulación de preguntas y respuestas correlativas siempre que aquellas vengan impuestas por la economía procedimental y la sensatez, “en vez de preguntar,- diga ser cierto que usted no vio el jabalí en medio de la carretera y diga ser cierto que impacto usted con el jabalí-, sería admisible preguntar directamente ¿contra qué impacto su vehículo?. Y por la misma razón no habría inconveniente en solicitar una narración de la secuencia de los hechos que resultara más espontánea, gráfica e ilustrativa que una relación de preguntas artificiosas y respuestas mecánicas.⁵⁰

Si la pregunta incluyese valoraciones o calificaciones se tendrán por no realizadas, esto es, se admitirá la pregunta pero desprovista de cuestiones valorativas. Igualmente si el testigo responde a una pregunta que no ha sido admitida, o que siéndolo inicialmente,

condicionante de la prosperabilidad del motivo que se acoge al artículo 88-1-c LJCA, cuando lo que se denuncia es la vulneración de las garantías procesales”.

⁵⁰ MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Págs. 237 a 139.

tenga lugar la estimación de la instantánea impugnación por la otra parte, tal respuesta no constará en acta.

Se contempla la posibilidad en caso de “graves contradicciones” de acordar el sometimiento a un careo, si bien no existe mayor desarrollo legal de las condiciones de tal incidente, aunque parece que lo adecuado será la lectura ante los testigos incursos con testimonio opuesto del extracto del acta que refleja sus respuestas enfrentadas, y darles la posibilidad de que se ratifiquen, maticen o rectifiquen su declaración, y en caso de ratificación, abrir un debate ordenado entre ellos bajo la vigilancia del juzgador para evitar tensiones y descalificaciones fuera de lugar.

En cuanto a la prueba del testimonio del funcionario de la propia Administración demandada, propuesta por la misma, hemos de tener en cuenta que dicho funcionario es llamado en calidad de su labor como un elemento de la Administración por lo que su voluntad ha de imputarse a la Administración a la que sirve y en forma de informes, certificaciones o equivalente, el artículo 301 LEC prohíbe el interrogatorio de la propia parte, situación que se provocaría en caso de acceder al testimonio en los términos solicitados, Administración Pública que interroga a su propio funcionario, la igualdad procesal e igualdad de armas en el procedimiento rechaza una situación en que el interrogatorio de un funcionario si lo propone el particular recurrente hay que realizarlo por escrito por el artículo 315 LEC y que si lo propone la propia Administración se realice oralmente. El artículo 381.4 LEC en relación a las entidades públicas, sienta el principio de respuesta escrita cuando se trata de obtener testimonio de tales entidades y de forma excepcional por comparecencia de las personas físicas, precisando que ello no será de aplicación cuando pudiendo obtenerse de aquellas certificaciones o testimonios, susceptibles de aportarse como prueba documental, que el principio de facilidad probatoria y lo dispuesto en el artículo 265 LEC impone que se acompañe con la contestación a la demanda los documentos en que las partes basen su derecho, las certificaciones y notas sobre actuaciones o expedientes de cualquier clase, así como los dictámenes periciales en las que las partes apoyen sus pretensiones, según el artículo 336 LEC que insiste en la aportación temporánea de los dictámenes periciales.⁵¹

⁵¹PASCUAL SALA, XIOL RIOS,, FERNANDEZ MONTALVO, *Práctica procesal Contenciosa-Administrativa*, editorial BOSCH, Barcelona, 1999, pág. 212-214

Por tanto, no cabe admitir la prueba propuesta por la propia Administración en la testifical oral del personal que haya intervenido directamente en el expediente administrativo correspondiente al recurso, o bien que se trate de personal titular de órganos integrados en la línea jerárquica del órgano autor del acto impugnado, siendo posible únicamente plantearlo como interrogatorio de la Administración Pública a ruego de la parte demandante (que se practicaría por escrito con arreglo al artículo 315 LEC) y solo excepcionalmente en caso de versar la declaración sobre hechos ajenos a su esfera funcional administrativa, podría acudirse a la prueba testifical, ya que intervendrían a título personal en función de lo visto y oído como persona física y no en su calidad de empleado público.

CONCLUSIONES

La prueba es una de las materias que no ha recibido del legislador atención al regular el proceso contencioso - administrativo, la escasa regulación de la prueba en la Ley Procesal Contencioso-Administrativa obliga a su integración con la normativa general, contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La actual Ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dedica a esta materia sólo los artículos 60 y 61.

Se justifica que la falta de atención del legislador a la materia probatoria está fundada en la naturaleza de revisión del proceso contencioso-administrativo, lo que supone que ya la Administración contra la que se dirige el ciudadano, ya ha llevado a cabo un procedimiento, en el que se han analizado los hechos, y no tiene justificación una nueva acreditación, cuando en ese anterior procedimiento tramitado por la Administración se reconoce derecho al ciudadano y se impone la obligación de que las Administraciones Públicas actúen conforme a la legalidad, evitando producir indefensión. El proceso administrativo enfrenta a David contra Goliat, David es el ciudadano de a pie armado con su razón y recursos, contra Goliat que representa a la Administración, cargada de abogados preparados para afrontar lentos y costosos procesos, y gozando de sus prerrogativas. De ahí que resulte la sensación del vía crucis que debe soportar el administrado que se embarca en un proceso administrativo. Estas previas actuaciones administrativas se recogen en el expediente administrativo, que sirve de soporte para la resolución administrativa y que es el objeto del proceso. Es importante el expediente administrativo por que normalmente en la mayoría de los supuestos contienen todas las actuaciones tanto de la Administración como del interesado, y por lo tanto los hechos ya aparecen reflejados en el.

La escasa regulación de la prueba en la ley Procesal Contencioso-Administrativo obliga a una remisión a la LEC, que tiene la condición de derecho supletorio, de acuerdo con la Disposición Final Primera de la Ley Procesal Contenciosa-Administrativa.

BIBLIOGRAFIA

- RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO, PASCUAL SALA SANCHEZ y JUAN ANTONIO XIOL RIOS, *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Tomo III, editorial BOSCH, Barcelona, 1999.
- VICENTE GIMENO SENDRA, VICTOR MORENO CATENA y PASCUAL SALA SANCHEZ, *Derecho Procesal Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- J. I. GONZALEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- JESUS GONZALEZ PEREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, editorial CIVITAS, 3ª edición, Madrid 2001.
- JUAN A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Volumen II, Madrid, 1999.
- FERNANDO GOMEZ DE LIAÑO, *Del dictamen de peritos*, editorial FORUM, Oviedo, 2000.
- JOSE RAMON CHAVES GARCIA, *la prueba Contenciosa Administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial*, editorial UNIVERSITAS, Madrid, 2007.
- EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial CIVITAS, Madrid, 1992.
- ERNESTO PEDRAD PEÑALVA, *Privilegios de la Administración Pública en el proceso Civil*, editorial CIVITAS, Madrid, 1993.
- ILLESCAS RIUS A.V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000*, editorial ARANZADI Cizúr Menor, 2002.
- MONTERO AROCA J., *El nuevo proceso civil*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

--- JOSE MARIA RIFA SOLER, Del dictamen de peritos, editorial IURGIUM
EDITORES-ATELIER, Barcelona, 2000