



Consejo General
del Poder Judicial

NÚMERO
7
AÑO 2021

CDF

CUADERNOS DIGITALES
DE FORMACIÓN

Aspectos problemáticos de las medidas cautelares, prueba y ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa

Treinta y cinco sombras de la ley... sobre la prueba en lo contencioso-administrativo

José Ramón Chaves García

Magistrado

Treinta y cinco sombras de la ley... sobre la prueba en lo contencioso-administrativo

José Ramón Chaves García

Magistrado

Palabras clave

Jurisdicción contencioso-administrativa, Prueba, Cosa juzgada, Expediente, Medios de prueba, Valoración de la prueba

ÍNDICE:

I. Marco probatorio

1. La verdad, una y trina
2. La aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
3. La extensión de la reapertura de prueba en vía contenciosa
4. El expediente
5. La cuestión de la falta de expediente
6. La carga de aportación con la demanda y contestación
7. La aportación sorpresiva de pericias en el procedimiento abreviado
8. El anuncio de pericias (artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)
9. Principio de facilidad (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)
10. Replanteamiento y actualización de pruebas
11. Deber de calificar la prueba propuesta
12. El grado de precisión de las testificales propuestas
13. Limitación del número de testigos
14. Los funcionarios como testigos
15. Los funcionarios como peritos
16. Pruebas periciales a ciegas

17. Exclusión de pericial de contenido jurídico
18. La motivación de la admisión de medios de prueba
19. La calificación inexcusable del motivo de la denegación de prueba
20. La prueba de lo general resulta inútil, pues lo decisivo es lo particular
21. La posible denegación de la prueba por vulnerar el principio general de derecho que es la proporcionalidad
22. Prueba pericial en materia de discrecionalidad técnica inherente a la valoración de tribunales de concursos y oposiciones
23. Diligencias finales o para mejor proveer
24. Diligencias complementarias con amplitud de criterio
25. Excepcional revisión en segunda instancia
26. Prueba de medidas cautelares
27. Prueba en incidentes de ejecución
28. Dificultad probatoria de los daños morales
29. La prueba de la responsabilidad sanitaria

II. Valoración de la prueba

1. Necesidad de argumentar la valoración de los hechos y la prueba contraria
2. Presunción de veracidad del funcionario o inspector (artículo 77.3 de la Ley 39/2015)
3. La sana crítica
4. Terreno valorativo quebradizo: estándares de servicio, máximas de experiencia, discrecionalidad
5. La valoración conjunta
6. Cuestiones probatorias ajenas al ámbito casacional

Referencias de legislación

Referencias de jurisprudencia

I. MARCO PROBATORIO

1. La verdad, una y trina

Hemos de asumir como premisa las limitaciones de la actividad probatoria, que llevan a distinguir entre la verdad real, la verdad percibida por las partes y la verdad probada (esta última se viste de "cosa juzgada").

2. La aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no siempre es clara y reclama tener en cuenta los casos en que existe pero no se aplica la ley procesal civil, bien por tener la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) una regulación completa, o bien porque el régimen de la LEC es incompatible con el principio inquisitivo y de tutela del interés público. Se impone la casuística para verificar si procede la autointegración de la LJCA con sus propios principios o si, por el contrario, se tolera la aplicación supletoria de la LEC en materia probatoria.

3. La extensión de la reapertura de prueba en vía contenciosa

La naturaleza de la actividad probatoria en vía contencioso-administrativa nos recuerda el clásico dilema: ¿jurisdicción revisora o protectora? Estamos en transición. La STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de septiembre de 2018, rec. 1246/2017 —en la línea abierta por la precedente STS, de 20 de junio de 2012, rec. 3421/2010— aborda de forma clara la cuestión crucial sobre la extensión de la jurisdicción y el derecho de alegar y aportar pruebas.

Con ello, el Tribunal Supremo establece una doctrina que no solo es aplicable a los tribunales económico-administrativos en asuntos tributarios, sino —con mayor razón y por sus claros términos— al conjunto de procedimientos seguidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y donde se pisa firme hacia la jurisdicción protectora, alejándose de la anacrónica jurisdicción revisora.

Asimismo, el Tribunal Supremo admite, sin rodeos, la posibilidad de proponer pruebas o formular alegaciones ante los órganos de revisión económico-administrativos cuando no se aportaron (las pruebas) o dedujeron (las alegaciones) en el procedimiento de aplicación de los tributos que desembocó en la resolución impugnada. Esta sentencia se pronuncia con claridad y apuesta por una solución de equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de la Administración a que el ciudadano no abuse del interés público al actuar de mala fe.

Este fragmento de la sentencia citada habla por sí mismo: "Con lo razonado en el fundamento anterior estamos en condiciones de dar respuesta a la primera de las cuestiones que nos suscita la Sección Primera de esta Sala: consideramos posible, en efecto, que quien deduce una reclamación económico-administrativa presente ante los tribunales económico-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria que sean relevantes para dar respuesta a la pretensión ejercitada, sin que el órgano de revisión pueda dejar de valorar -al adoptar su resolución- tales elementos probatorios. Todo ello, con una única excepción: que la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente".

4. El expediente

El artículo 70 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas considera el expediente como el "conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla". Se trata de la prueba estrella del procedimiento judicial, que es traída a los autos por ministerio de la ley, sin necesidad de expresa petición de las partes.

Ahora bien, el apartado 4 del citado artículo 70 excluye del expediente "la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo [...], notas, borradores [...] e informes internos [...]". Pues bien, tales exclusiones han de ser objeto de interpretación restrictiva. El ATS, Sala de lo Contencioso, de 20 de abril de 2017, rec. 458/2016 precisa que el artículo 70.4 no excluye la inclusión en el expediente de los borradores elaborados como base para una orden ministerial y que, por tanto, debe completarse el expediente con ellos (interpretación restrictiva de limitaciones).

5. La cuestión de la falta de expediente

La STS, de 10 de enero de 1997, rec. 155/1991 destaca que "las consecuencias de tal falta de expedientes no pueden ser otras que la anulación de los actos administrativos impugnados, por la aplicación del más elemental principio de garantía y defensa de los derechos de los contribuyentes".

Sin embargo, este criterio tampoco puede llevarnos a un radical automatismo que anude a la falta o insuficiencia del expediente la consecuencia anulatoria, sino que tal medida habrá de ser objeto de estricta casuística, teniendo en cuenta la naturaleza de la actuación impugnada y las pretensiones de los recurrentes, así como los intereses

públicos en juego. Además —cómo no—, deberá haberse "precisado cuáles son los documentos no incorporados a las actuaciones y la medida en que éstos son esenciales, y su ausencia determinante de indefensión" (STS, de 13 de abril de 2011, rec. 1371/2008).

6. La carga de aportación con la demanda y contestación

El [art. 265 LEC](#) hace descansar en la parte que fundamente su derecho en ello la carga de aportar, con el escrito inicial o contestación, "las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase". Ello obliga a una actividad de la parte que pretende apoyarse en ellas, consistente en su indagación, gestión y obtención, si bien hemos de señalar que tal carga se ve atemperada por el principio de facilidad probatoria consagrado en el [art. 217.6 LEC](#), ya que sería oneroso y desproporcionado imponer al particular que demanda a una Administración la carga de obtener las certificaciones de hechos cuya constancia y garantía es responsabilidad de la propia Administración demandada.

Asimismo, tras la modificación de la [LJCA](#) operada por la [Ley 37/2011](#), el [artículo 60](#) no solo impone indicar los puntos de hecho, sino también expresar "los medios de prueba que se propongan". El problema que se plantea es si resulta subsanable esta carencia con ocasión del recurso de reposición frente al auto que deniega la prueba por no identificar tales medios. Tras un período transitorio, parece que la solución mayoritaria en los tribunales —no unánime— es no considerarlo subsanable en el recurso de reposición. En cambio, si se identifica el medio de prueba (p. ej., perito o testigo), pero falta alguna circunstancia (identificación precisa, especialidad, etcétera), sí sería subsanable en el recurso de reposición.

7. La aportación sorpresiva de pericias en el procedimiento abreviado

La [STS, de 26 de noviembre de 2020, rec. 5692/2019](#) fija una doctrina casacional que excluye la aplicación supletoria del [art. 338.2 LEC](#) (que, en el ámbito civil, impone la aportación de pericias con al menos cinco días de antelación a la vista oral) y opta por admitir su presentación sorpresiva en plena vista oral en los siguientes términos:

"9.2. La regulación general de la prueba pericial, y las especiales características de este medio de prueba, exigen -también en los casos en los que tal medio de prueba es propuesto en la vista del procedimiento abreviado- otorgar a la parte actora la posibilidad de analizar la pericia al objeto de solicitar aclaraciones al perito y efectuar

alegaciones a sus conclusiones, a cuyo efecto -y siempre que lo estime necesario el demandante- deberá el órgano judicial otorgar a dicha parte un plazo que no podrá exceder de cinco días para que se instruya convenientemente de dicha prueba.

9.3. El plazo concreto que deberá otorgarse para dicha instrucción será determinado por el juez a la vista de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el contenido del informe pericial, su dificultad aparente y la solicitud al respecto formulada por la parte actora y podrá determinar, en su caso, la suspensión de la vista oral y la práctica de un nuevo señalamiento.

9.4. Todo ello, dejando intactas las facultades del órgano judicial para rechazar dicha prueba en el caso de que la considere inútil, impertinente o innecesaria, en cuyo caso no procederá otorgar plazo alguno a la parte contraria para que pueda instruirse de la prueba propuesta".

8. El anuncio de pericias (artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Frente a la invocación ritual y pálida del anuncio de pericias, se impone motivar la razón de este apartamiento de la regla general de aportación de pericias con demanda y contestación.

El uso de esta excepción requiere una mínima motivación para evitar fraudes procesales y el desequilibrio de posiciones de las partes demandada y codemandadas, pues no procede admitir esta pericia anunciada cuando "sencillamente, en el citado otrosí de la demandada la parte anunciaba la ulterior presentación de una pericial, pero, como razonábamos en el auto ahora recurrido, tal anuncio se hacía sin acomodarse a lo dispuesto en el artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no exponer las razones que habían impedido la aportación del informe con la demanda y no haber manifestado siquiera que el informe pericial ha sido ya recabado y está pendiente de elaboración" (ATS, de 10 de septiembre de 2018, rec. 642/2017).

9. Principio de facilidad (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Como ha resaltado la STS, de 29 de enero de 2020, rec. 4258/2018, "[c]on carácter general el principio básico es que al actor le corresponde probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, aunque dicho principio se atempera con principios tales como la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, declarando la jurisprudencia que "El principio de la buena fe en la vertiente procesal puede matizar, intensificar o alterar la regla general sobre distribución de la carga de la prueba en aquellos casos en los que para una de las partes resulta muy fácil acreditar un dato de difícil prueba para la otra..."

o que "el *onus probandi* se traslada a la Administración cuando es ella la que tiene en sus manos la posibilidad de certificar sobre los extremos necesitados de prueba".

10. Replanteamiento y actualización de pruebas

Al amparo del art. 60.2 LJCA, cabe establecer lo siguiente: "Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma".

11. Deber de calificar la prueba propuesta

Se plantea la cuestión de si el error en la calificación del medio de prueba (como documental o pericial, siendo realmente una u otra) puede subsanarse de oficio por parte del juez o si cabe admitir tal recalificación al tiempo de formular el recurso de reposición frente a la eventual denegación.

En estos casos se impone el principio *pro actione* o bien brindando al proponente un plazo para reconsiderar la calificación de su prueba y subsanarla o reorientarla o bien estimando el eventual recurso de reposición encaminado a recalificar el medio de prueba (no se trata de admitir un nuevo medio de prueba, sino de asignar su cabal denominación).

12. El grado de precisión de las testificales propuestas

Aunque no lo imponga la LEC expresamente, se hace necesario apostillar la prueba, o sea, indicar mínimamente por qué se llama a cada testigo. Malamente puede verificarse la utilidad y relevancia de un testigo si no se sabe qué posición ocupa para poder testificar en relación con los hechos controvertidos. Así, o se le requiere para que lo justifique o se admite la subsanación en el recurso de reposición frente a la denegación.

13. Limitación del número de testigos

Han de reputarse inútiles los testigos que están en idéntica posición o situación de percepción (por ejemplo, viajeros de un mismo autobús o personas en grupo en la vía

pública). En esos casos, por analogía con la previsión del [art. 363 LEC](#), tres testigos relacionados con el hecho discutido pueden evidenciar suficiente ilustración para el juez si su situación y percepción es sustancialmente similar.

14. Los funcionarios como testigos

La Administración no puede llamar a testificar en persona a sus autoridades o funcionarios, pues estos forman parte de sus órganos y su voluntad se imputa a la Administración, y hay que recordar que el [art. 301 LEC](#) solo permite el interrogatorio "de las demás" partes.

En cambio, a propuesta del demandante, puede solicitarse la testifical de personal de la Administración, pero canalizándose mediante un interrogatorio y respuestas por escrito, con arreglo al [art. 315 LEC](#). Así, el [ATS, de 20 de octubre de 2003, rec. 572/2001](#) precisa el binomio Administración-escrito y rechaza la personalización oral del testimonio en quien ejerce funciones públicas:

"Debemos tener presente que el interrogatorio de la Sra. Lucía interesa, precisamente, porque, en cuanto Presidenta del Senado, presidía 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 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 Ley de Enjuiciamiento Civil](#) 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".

15. Los funcionarios como peritos

Los informes de los funcionarios tienen el valor de pericia sin necesidad de ratificación, y la Administración podrá acompañar a la contestación complementos de dichos informes, así como llamar a formular aclaraciones a su autor en presencia judicial. Sin embargo, no debería admitirse el llamamiento del autor del informe sin un soporte de documentación complementaria, pues encierra una actuación gravemente lesiva de la igualdad de partes: el funcionario dirá oralmente lo que silenció en el expediente administrativo y, además, sin un soporte documental que haya podido examinar previamente el demandante.

16. Pruebas periciales a ciegas

Lo que se ha rechazado judicialmente es la solicitud de "una prueba pericial ciega, [que] pretende buscar en el expediente administrativo posibles errores cuantitativos que permitan fundamentar su pretensión" (STS, de 2 de febrero de 2006, rec. 6511/2000).

17. Exclusión de pericial de contenido jurídico

Con respecto a la exclusión de periciales de contenido jurídico, la STS, Sala de lo Penal, de 29 de septiembre de 2009, rec. 635/2008, señala lo siguiente:

"En sentido estricto, es incuestionable que, en principio, no cabe admitir en el proceso la proposición y práctica de pruebas periciales sobre cuestiones jurídicas, respecto de las cuales debe versar la preparación profesional del juzgador -perito en Derecho-, conforme también al principio *iura novit curia*, pues la prueba pericial procederá "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" (v. art. 335 LEC y art. 456 LECrim). Ello no obstante, nada impide que las partes del proceso puedan aludir citar o aportar al mismo opiniones jurídicas relevantes -como dice el Ministerio Fiscal-. No es inusual, en las sentencias judiciales, la cita de maestros del Derecho, como tampoco que los Tribunales conozcan las opiniones de los especialistas de la materia objeto de enjuiciamiento, cuando se trate de materias de alta especialización o de particular dificultad, o en las que pueda ser jurídicamente relevante conocer el *modus operandi* generalizado de los correspondientes operadores jurídicos a la hora de pronunciarse sobre la concurrencia en la conducta enjuiciada del elemento subjetivo del correspondiente tipo penal. Lo verdaderamente importante es que, a la vista de todos los elementos de juicio de que haya dispuesto el Tribunal, éste dé fundadamente la respuesta que estime procedente sobre la cuestión de que se trate".

18. La motivación de la admisión de medios de prueba

Como sintetiza el ATS, de 6 de junio de 2006, rec. 168/2005:

"Según dicha jurisprudencia, el derecho a utilizar la prueba necesaria para hacer valer el derecho que se aduce y esgrime jurisdiccionalmente es una garantía procesal básica e, incluso, un derecho fundamental constitucionalizado (art. 24.2 CE). Si bien el análisis del alcance de tal derecho exige tener en cuenta los siguientes condicionamientos:

a) Su ejercicio está supeditado a la observancia de los requisitos procesales establecidos, singularmente, en el artículo 60 LJCA y supletoriamente en los artículos 281 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

b) El derecho no supone una facultad ilimitada de la parte a utilizar cualesquiera medios de prueba, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes ([art. 24.2 CE](#)); esto es, las que, teniendo relación con el objeto del litigio, están además dotadas de alguna virtualidad, al menos teórica, para incidir en el sentido del fallo; y al juzgador de instancia corresponde, en principio, efectuar el juicio sobre la pertinencia que ha de ser explícito. Esto es, se reconoce a dicho órgano jurisdiccional la potestad de pronunciarse y decidir sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos. Si bien este juicio de pertinencia tiene un doble condicionamiento: conceptual o material uno, puesto que deben considerarse pertinentes aquellas pruebas que se relacionan con los hechos objeto del proceso y que, por su aptitud para obtener la convicción del Tribunal sobre aquéllos, tienen virtualidad para incidir en el sentido de la decisión judicial sobre la pretensión formulada; formal otro, puesto que la denegación del recibimiento a prueba o de los concretos medios de prueba propuestos ha de ser explícitamente razonada y basada en el incumplimiento de los requisitos procesales, en la falta de pertinencia de la prueba o del medio de prueba que se rechaza o en su irrelevancia".

Resulta inexcusable la motivación de la falta de práctica de la prueba admitida: "También se ha afirmado que no cabe denegar la práctica de prueba de los hechos en que se basaba la pretensión para luego reprochar que no se ha practicado aquella" ([sentencia de 22 de mayo de 2003](#)).

19. La calificación inexcusable del motivo de la denegación de prueba

Lo innecesario es el género y lo especial es lo impertinente e inútil. Así, cabe considerar prueba inútil aquella que encaja en lo marcado por el [ATS, de 6 de junio de 2006, rec. 168/2005](#): "En segundo lugar, en la inutilidad. Por la exacerbación, rigor o exageración que se aprecia en dicho medio de prueba, si se advierte que la finalidad perseguida con ellos [...] puede conseguirse, en su caso, con otros medios probatorios menos restrictivos para eventuales derechos ajenos".

Lo que no cabe es anticipar el resultado de la prueba y rechazarla por el hecho de que el órgano jurisdiccional ya se haya forjado un criterio sobre el fondo.

20. La prueba de lo general resulta inútil, pues lo decisivo es lo particular

A este respecto, por ejemplo, la [STS, de 10 de marzo de 2005, rec. 5764/2001](#) señala: "Y en estas condiciones ya no se trata de que por lo general (situación política en Cuba) pueda probarse lo particular (persecución alegada de una persona concreta), sino de que como hemos dicho en [sentencia de 17 de noviembre de 2004 \(casación 4857/2001\)](#) la prueba de lo general resulta inútil si no se alega que existe una persecución concreta. En consecuencia, en este caso, la prueba que se pretendía realizar acerca de la situación

general en Cuba no era trascendente para la resolución del pleito ([art. 60-3 de la Ley 29/98](#)), y el Tribunal de instancia obró conforme a Derecho al no recibir el pleito a prueba".

21. La posible denegación de la prueba por vulnerar el principio general de derecho que es la proporcionalidad

Cabría inadmitir una prueba por su ineficiencia (casos en que su práctica comporta un coste elevadísimo o antieconómico en relación con el objeto litigioso y con la capacidad económica de los litigantes —por ejemplo, prueba de la NASA sobre la fiabilidad del cinemómetro que ampara una multa de tráfico por exceso de velocidad—); por contrariar la finalidad legítima del proceso, que, por imperativo constitucional, no debe sufrir dilaciones indebidas (casos en que su práctica comporta una diligencia indagatoria judicialmente onerosa en tiempos y trámites — por ejemplo, exhortos para practicar la testifical de pasajeros extranjeros que retornaron a su país tras presenciar desde un autobús turístico una mancha oleaginosa determinante de la responsabilidad administrativa por un accidente en la vía pública—); o porque su práctica menoscabe otros derechos dignos de mayor protección (casos de pruebas que ocasionan vejaciones a terceros, tal como comparar el historial clínico de otro paciente en caso de responsabilidad médica). Ello debe ser bien entendido, pues los cuatro supuestos indicados han de ser objeto de una aplicación restrictiva — evitando tentaciones caprichosamente reduccionistas de la prueba—, en atención a las singularidades de cada caso concreto y siempre que no sea admisible la práctica de prueba de eficacia equivalente o de menor extensión a la pretendida por el proponente de tal medio probatorio.

Por último, puede señalarse que las pruebas imposibles, pesquisidoras, desproporcionadas y lesivas suelen venir rotuladas, en su desestimación por el auto denegatorio, con un expeditivo "improcedente", sin mayores precisiones, y que no pocas veces encubre la latente idea de rechazar una propuesta lisa y llanamente "absurda".

22. Prueba pericial en materia de discrecionalidad técnica inherente a la valoración de tribunales de concursos y oposiciones

La más reciente corriente jurisprudencial al servicio del Estado de derecho postula la admisión de la prueba pericial para alcanzar la evidencia del error de juicio, como el caso de la valoración de pruebas médicas por parte de un tribunal calificador que se alza en requisito de acceso al cuerpo de la Guardia Civil ([STS, de 15 de diciembre de 2005, rec. 917/2000](#)).

En general, resultaría admisible la pericia encaminada no a sustituir el criterio del tribunal, sino sencillamente a poner de manifiesto el "error patente del Tribunal o su actuar arbitrario" (STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso, de 25 de noviembre de 2005, rec. 2761/2003).

23. Diligencias finales o para mejor proveer

Las llamadas *diligencias finales* son la única posibilidad de practicar pruebas después de declarar el juicio "visto para sentencia". Ahora bien, el [art. 61.2 LJCA](#) afirma: "Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria". Por su parte, el [art. 434.2 LEC](#) dispone algo similar, pero no idéntico: "Si, dentro del plazo para dictar sentencia y conforme a lo prevenido en los artículos siguientes, se acordasen diligencias finales, quedará en suspenso el plazo para dictar aquélla".

Una atenta lectura nos revela que no nos encontramos ante dos preceptos idénticos, sino ante la regulación de dos supuestos diferentes. El de la ley contenciosa faculta al juez para la práctica de pruebas antes de su declaración de concluso para sentencia (diríase que con "libertad omnímoda") y el de la ley civil faculta al juez para la práctica de pruebas una vez concluso para sentencia (diríase que bajo "libertad vigilada").

24. Diligencias complementarias con amplitud de criterio

La STS, de 14 de junio de 2006, rec. 4629/2004 señala lo siguiente:

"[A]unque la redacción del [artículo 61 de la actual Ley de la Jurisdicción](#), al compararlo con la del [artículo 75 de la Ley derogada](#), pudiera prestar aparente apoyo a una interpretación que sostenga que el Juez o Tribunal no puede, después de declarar concluso el pleito para sentencia, acordar la práctica de nuevas diligencias de prueba, ello no es así en realidad, por oponerse a tal interpretación consideraciones tales como la de la subsistencia, en la nueva [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (bien que con el nombre de diligencias finales: ver su [artículo 435.2](#)), de las tradicionalmente llamadas diligencias para mejor proveer del [artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881](#); o la de la imposibilidad constitucional, por opuesta a los mandatos del [artículo 24.1 de la Constitución](#), de constreñir al órgano judicial, y precisamente después del momento en que el endémico estado de sobrecarga de litigios le permite percibir con plenitud el alcance del que ha de resolver, a decidir sin un elemento de prueba que, siendo factible y versando sobre hechos relevantes y oportunamente alegados en el proceso, no haya podido ser practicado por causas no imputables a las partes o, por las mismas causas, necesite ser completado".

Una cuestión conexas es la de quién paga los costes de la pericia acordada como diligencia final, lo que los órganos jurisdiccionales suelen resolver salomónicamente repartiéndolo entre las partes personadas.

25. Excepcional revisión en segunda instancia

La STS, de 12 de julio de 2018, rec. 2160/2016 resume el estado de la cuestión didácticamente: "Una jurisprudencia reiterada viene señalando que la fijación de los hechos del litigio corresponde al tribunal de instancia tras la valoración de las pruebas practicadas, que en el caso de las periciales ha de realizarse según las de la sana crítica ([artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#)). La apreciación del tribunal de instancia únicamente puede ser revisada en casación en supuestos excepcionales, como sucede cuando se justifique que ha incurrido en la vulneración de algún precepto regulador del valor tasado de determinados medios de prueba o cuando el análisis llevado a cabo resulta contrario a aquellas reglas, arbitrario o ilógico. Por tanto, no basta con aducir que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser otro que se considera más ajustado, o incluso que es erróneo, sino que resulta obligado demostrar que la valoración realizada es, insistimos, arbitraria, irrazonable o que conduce a resultados inverosímiles".

Además, parte de la doctrina considera que esta solución descansa sobre un mito de comodidad, pues realmente para ellos la concentración e inmediatez no es garantía de acierto y no debería impedir la revisión de la valoración probatoria con plenitud en la segunda instancia.

26. Prueba de medidas cautelares

La carga de la prueba de los intereses que peligran si se ejecuta el acto recae sobre el recurrente, pues "cuando concurra el requisito del *periculum in mora* o posibilidad de que la dilación que supone la tramitación del proceso origine al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación, correspondiendo lógicamente la carga de la prueba, siquiera indiciaria, de los perjuicios a quien los alegue" ([ATS, de 24 de junio de 2016, rec. 407/2016](#)).

27. Prueba en incidentes de ejecución

Se considera innecesaria la supletoriedad de la [LEC](#), pues ello "no es óbice para que si la Sala entendiera preciso realizar cualquier otro trámite e incluso practicar la prueba que estimase pertinente no pudiera hacerlo sin necesidad de acudir a procedimiento supletorio alguno de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#)" (STS, de 14 de julio de 2009, rec. 4432/2007).

28. Dificultad probatoria de los daños morales

Tanto la prueba del daño moral como su valoración reposan en un panorama indiciario y en máximas de experiencia, unidos a posibles datos objetivados de padecimientos psicológicos.

Aquí resulta importante la empatía judicial, como ha subrayado lúcidamente la [STSJ de Canarias, de 27 de mayo de 2010, rec. 269/2007](#): "En cuanto al daño moral debe ser rebatida, la valoración del daño moral en un caso como el presente no es tanto un tema psicológico, como una cuestión sólo cabe analizar intentando ponerse en el lugar de la persona que ha sufrido los perjuicios, destacando que no hay un importe económico que pueda resarcir plenamente la angustia y depresión sufrida, así como los problemas para desarrollar trabajos con menores, atendiendo a su preparación conforme consta en el expediente administrativo, lo que conlleva que sólo pueda realizarse una valoración aproximada y muy subjetiva y relativa, estimando la Sala que en el presente caso es adecuada la cuantía de 30.000 euros, como indemnización por daños morales sufridos". Sobre la cuantificación, como se ha dicho, se establece que "[...] la fijación de la cuantía de la indemnización por daños morales, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios jurisprudenciales de reparación económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación ([sentencia de 25 de junio de 2.007, recurso de casación 12.398/2.003](#)), hasta el punto de que, como dice la [sentencia de 22 de octubre de 2.001 \(recurso de casación 5.096/1.997\)](#), aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia" ([STS, de 6 de noviembre de 2012, rec. 2354/2011](#)).

29. La prueba de la responsabilidad sanitaria

En este ámbito opera la teoría del daño desproporcionado, que desplaza la carga de la prueba de la idoneidad de la asistencia sanitaria a la Administración cuando se ha producido una lesión manifiestamente inesperada o desorbitada para lo diagnosticado. Así, como recuerda la [STS de 2008 de 23 de octubre, rec. 870/2013](#): "En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria ([S. 10 de junio de 2.008, núm.508](#))".

Ahora bien, partiendo de esa vinculación a la existencia de una vulneración de la *lex artis*, se considera que no es aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando el resultado se presenta como una posibilidad de la atención prestada. En este sentido, se declara en la [STS, de 2 de enero de 2012, rec. 6710/2010](#) que "[e]n estos casos, donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado. No olvidemos tampoco que ya el tratamiento conservador había resultado ineficaz. No hay errónea valoración de la prueba".

II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. Necesidad de argumentar la valoración de los hechos y la prueba contraria

El proceso es un vaivén de pruebas y contrapruebas sobre el que hay que tejer el tapiz de los hechos probados, pero debiendo cada parte explicar su posición y valoración de la prueba propia o de la ineficacia de la contraria.

Así, desde la [STS, de 4 de noviembre de 1997, rec. 3594/1993](#) ya se exigía un esfuerzo dialéctico en relación con el cuestionamiento de las cantidades reclamadas en pretensiones indemnizatorias. Así, se dijo en esa sentencia que "[l]a carga de la prueba que incumbe a la parte actora no autoriza a la parte demandada a adoptar una actitud de negativa absoluta frente a cualesquiera elementos de justificación y prueba de aspectos susceptibles de ponderación, como es la siempre discutible cuantía de unos determinados daños y perjuicios. La posibilidad de discutir pormenorizada y razonadamente las partidas que se consideren indebidas o excesivas en cualquier valoración —sin necesidad de entender indispensable presentar una contravaloración, a la que sólo se alude en la sentencia recurrida de modo incidental— comporta la carga de alegar respecto de ellas cuando presenten un grado de justificación razonable,

argumentando cuando menos sobre su improcedencia, demasía o falta de constancia suficiente, para que sobre los aspectos discutidos pueda extremarse la actividad procesal de prueba, y sería contrario al principio de buena fe entender lo contrario".

2. Presunción de veracidad del funcionario o inspector (**artículo 77.3 de la Ley 39/2015**)

La presunción de veracidad del funcionario o inspector ampara su testimonio documentado de la percepción directa, personal. Así, en relación con el valor de las actas de la inspección de trabajo, pero con doctrina general, se ha dicho en la [STS, de 10 de noviembre de 2016, rec. 565/2015](#):

"b) El valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, con el alcance que le otorga la jurisprudencia, puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia [...].

c) Las actas de la Inspección de Trabajo pueden constituir un medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente [...].

d) Ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias [...].

e) A su vez, las infracciones pueden deducirse, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 1253 del Código Civil](#), cuando entre un hecho o hechos demostrados y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Dada la realidad imperante en el área social del trabajo resultaría prácticamente imposible la prueba de la existencia de una relación laboral encubierta si no se apreciara en virtud de unos hechos que inequívocamente acreditan su existencia [...].

f) En el ámbito de la actividad sancionadora, desde la perspectiva constitucional [...] las actas de la Inspección de Trabajo [no tienen] una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que el valor probatorio que de ellas se deduzca puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos [...].

g) Así entendidos aquellos preceptos, la presunción de veracidad de las actas no supone, estrictamente, que se invierta la carga de la prueba, sino la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración".

3. La sana crítica

Puede hablarse más bien de prueba ponderada o razonada o de "prudente valoración" (como en Italia) en los casos en que la ley se limita a imponer al juez la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica: interrogatorio de partes ([art. 316 LEC](#)); documento privado de autenticidad no probada ([art. 326.2 LEC](#)); copias de documentos sin cotejo con el original ([art. 334 LEC](#)); dictamen de peritos ([art. 348 LEC](#)); interrogatorio de testigos ([art. 376 LEC](#)); reproducción de palabras, imágenes y sonidos por medios técnicos ([art. 382.3 LEC](#)); e instrumentos de archivo o constancia de datos, cifras y operaciones matemáticas ([art. 384.3 LEC](#)).

En todo caso, se deposita en el juez la confianza en su buen criterio de valorar las pruebas para exprimir el fruto probatorio con amplio margen de criterio.

4. Terreno valorativo quebradizo: estándares de servicio, máximas de experiencia, discrecionalidad

Son campos donde se plantea un escenario en que es difícil para el juez determinar el parámetro de lo que debe probarse y cómo se prueba. Son campos donde el legislador o la regulación ha abdicado de reglamentar con precisión, con lo que se deja en manos del juez la labor intelectual de determinar su prueba; nada fácil. El juez no cuenta con una ley, sino con su experiencia y racionalidad para determinar lo probado.

5. La valoración conjunta

Esta técnica valorativa no releva de la obligación de especificar mínimamente el peso relativo de unos u otros medios de prueba o de señalar los que se valoran positiva o negativamente, pues lo contrario aboca al decisionismo judicial.

Espléndidamente nos ilustra la [STS, de 5 de mayo de 2004, rec. 5077/2001](#) sobre las irregularidades relevantes en materia de valoración de la prueba. Según esta sentencia, "[...] la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia puede ser fiscalizada a través de estas vías: Una, por omisión indebida de la prueba o por aceptarse ésta o su práctica infringiendo las normas o principios relativos a los actos y garantías procesales, siempre, en uno u otro caso, que ello haya producido indefensión para la parte. Otra, por vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada. Una tercera, por haberse infringido las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se ha realizado de modo arbitrario o irrazonable o

conduce a resultados inverosímiles. Y una cuarta, cuando al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, o una indebida reducción de conceptos jurídicos indeterminados o una errónea determinación del ámbito de discrecionalidad de la Administración, o se incorporan a las sentencias las erróneas valoraciones jurídicas cometidas en los dictámenes periciales, documentos o informes".

6. Cuestiones probatorias ajenas al ámbito casacional

No cabe interés casacional por discrepar de valoraciones probatorias ([art. 87.bis LJCA](#)). Las sentencias que descansan en valoración probatoria, si además se trata de la sana crítica, están blindadas y son resistentes a los recursos.

Así, el [ATS, de 4 de febrero de 2021, rec. 536/2020](#) rechaza la fundamentación del interés casacional y confirma su no preparación: "De hecho, toda la impugnación casacional gira en torno a las circunstancias puramente casuísticas del pleito, en relación con la valoración de la prueba practicada en autos".

Referencias de legislación

- [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa](#). *Boletín Oficial del Estado*, n.º 167, 14 de julio de 1998. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con>.
- [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#). *Boletín Oficial del Estado*, n.º 7, 8 de enero de 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>.
- [Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas](#). *Boletín Oficial del Estado*, n.º 236, 2 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>.

Referencias de jurisprudencia

- STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de enero de 1997, rec. 155/1991, ECLI:ES:TS:1997:28. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/49b40fe6a6f1ccb5/20030906>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 1997, rec. 3594/1993, ECLI:ES:TS:1997:6530. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf67809c136e9912/20030912>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 5 de mayo de 2004, rec. 5077/2001, ECLI:ES:TS:2004:3034. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e82c37f48fc93c85/20040618>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de marzo de 2005, rec. 5764/2001, ECLI:ES:TS:2005:1518. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0aca0bd2885911d5/20050421>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 2 de febrero de 2006, rec. 6511/2000, ECLI:ES:TS:2006:592. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ce60ad5d481292c/20060302>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 2006, rec. 4629/2004, ECLI:ES:TS:2006:3846. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ee557b3f33d16f91/20060713>.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008, rec. 870/2003, ECLI:ES:TS:2008:5371. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/449517e35d4f8e65/20081106>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de julio de 2009, rec. 4432/2007, ECLI:ES:TS:2009:4783. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6146d1ef6fdb8106/20090730>.
- STS 941/2009, Sala de lo Penal, de 29 de septiembre, rec. 635/2008, ECLI:ES:TS:2009:5849. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/abbe50d442cf37a4/20091022>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de abril de 2011, rec. 1371/2008, ECLI:ES:TS:2011:2914. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cbc2118cf733a07c/20110609>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 2 de enero de 2012, rec. 6710/2010, ECLI:ES:TS:2012:2. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97b171853b7001d7/20120123>.
- STS, Sala de lo Contencioso, de 6 de noviembre de 2012, rec. 2354/2011, ECLI:ES:TS:2012:7523. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7517375548d3936a/20121204>.

- STS 2403/2016, Sala de lo Contencioso, de 10 de noviembre, rec. 565/2015, ECLI:ES:TS:2016:5140. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e3e983c2edb84254/20161202>.
- STS 1207/2018, Sala de lo Contencioso, de 12 de julio, rec. 2160/2016, ECLI:ES:TS:2018:2672. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e38d7fae81629fe/20180720>.
- STS 1362/2018, Sala de lo Contencioso, de 10 de septiembre, rec. 1246/2017, ECLI:ES:TS:2018:3091. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d8846f85631f8c7/20180917>.
- STS 96/2020, Sala de lo Contencioso, de 29 de enero, rec. 4258/2018, ECLI:ES:TS:2020:211. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/630d6b4201ea9ed8/20200210>.
- STS 1613/2020, Sala de lo Contencioso, de 26 de noviembre, rec. 5692/2019, ECLI:ES:TS:2020:4031. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/055a311ac5874a56/20201211>.
- STSJ del País Vasco 806/2005, Sala de lo Contencioso, de 25 de noviembre, rec. 2761/2003, ECLI:ES:TSJPV:2005:4564. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2baebff58fe543b8/20060223>.
- STSJ de Canarias 110/2010, Sala de lo Contencioso, de 27 de mayo, rec. 269/2007, ECLI:ES:TSJICAN:2010:2945. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f605f80f6c5b6493/20110113>.
- ATS, Sala de lo Contencioso, de 20 de octubre de 2003, rec. 572/2001, ECLI:ES:TS:2003:10699A. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ff2bf3f1e398f33c/20031206>.
- ATS, Sala de lo Contencioso, de 6 de junio de 2006, rec. 168/2005, ECLI:ES:TS:2006:8127A. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e5606f6cdf89eb9/20060629>.
- ATS, Sala de lo Contencioso, de 24 de junio de 2016, rec. 407/2016, ECLI:ES:TS:2016:6376A. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/09fcf3644c3f3c84/20160715>.

- ATS, Sala de lo Contencioso, de 10 de septiembre de 2018, rec. 642/2017, ECLI:ES:TS:2018:8930A. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bde3e6fbca92281d/20180921>.
- ATS, Sala de lo Contencioso, de 4 de febrero de 2021, rec. 536/2020, ECLI:ES:TS:2021:1805A. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e198437afb13900b/20210304>.

Información sobre el artículo

Título del artículo: "Treinta y cinco sombras de la ley... sobre la prueba en lo contencioso-administrativo"

Autor: José Ramón Chaves García

Incluido en el número monográfico sobre *Aspectos problemáticos de las medidas cautelares, prueba y ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa* de Cuadernos Digitales de Formación 7 - 2021 (Coordinadores: Sandra María González de Lara Mingo y José Ramón Chaves García. Relatora: María Dolores Rivera Frade)

DOI:

Editor: Consejo General del Poder Judicial (Madrid)

Fecha de publicación: 2021

Copyright 2021, Consejo General del Poder Judicial

License: