

¿SON LÍCITAS LAS PRUEBAS OBTENIDAS POR LA INSPECCIÓN CON OCASIÓN DE ENTRADAS EN DESPACHOS PROFESIONALES?

J. Andrés Sánchez Pedroche

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LA CONCURRENCIA DE LA ABSOLUTA NECESIDAD DE LA INMISIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A RAZONES DE MERA CONVENIENCIA O UTILIDAD.

El art. 18. 2 de la Constitución española establece que *“el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*. La ubicación sistemática de dicho precepto en nuestra Carta Magna, configura la inviolabilidad del domicilio como un derecho de especial protección que, en virtud del art. 53. 2 CE, permite recabar su tutela tanto a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (arts. 114 a 122 LJCA), como también, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ciertamente es que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado, pero sí de un derecho cuya relevancia no puede ser disimulada. Ahora bien, el propio art. 8. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, considera legítima la intromisión domiciliaria administrativa cuando así esté prevista por la ley y cuando constituya una medida necesaria para la salvaguarda de otros valores fundamentales. Los arts. 113 y 142. 2 LGT supeditan la posibilidad de entrada domiciliaria a que sea “necesaria” para el ejercicio de las actuaciones inspectoras (algo más tibio es a este respecto el art. 172 RAT).

Ahora bien, ¿cuando es necesaria la entrada en el domicilio o despacho profesional del contribuyente?. El TEDH ha interpretado el art. 8. 2 del referido Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señalando que la injerencia en los derechos recogidos en éste debe

responder a “una exigencia social imperiosa” (Sentencia de 9 de octubre de 2003, caso **SLIVENKO**; 20 de junio de 2000, caso **FOXLEY**; 23 de septiembre de 1998, caso **MC LEOD**; 25 de marzo de 1998, caso **COP**; 16 de diciembre de 1997, caso **CAMENZIND** y 24 de noviembre de 1986, caso **GILLOW**). Y siguiendo su estela, el propio Tribunal Constitucional español (Sentencia 66/1985) afirma, como regla general, que *“el principio de proporcionalidad exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales cuyo contenido esencial es intangible”*. Para el TC las entradas y registros domiciliarios resultarían necesarios en todos aquellos supuestos en que la obtención de pruebas fuese imposible o extraordinariamente dificultosa acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos, llegando incluso a afirmar que dicha inmisión debe constituir el medio indispensable para alcanzar el fin perseguido (Sentencia 69/1999, de 26 de Abril).

Dicho de otra manera, únicamente sería legal la entrada ante la inexistencia de otra medida más ponderada para alcanzar el fin propuesto con idéntica eficacia (STS de 14-5-2001), lo que equivaldría a decir que si el objetivo de la Inspección puede ser conseguido por otros medios que causen menor perjuicio a los interesados –a pesar de ser más gravosos o molestos para la Administración- habría de preservarse la intimidad personal y familiar, así como la inviolabilidad del domicilio (STS de 6-5-2004 y Autos del mismo Tribunal de 2 de Febrero de 2006 y 13 de febrero de 2004. También las SSTSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005, Madrid, de 14 de septiembre de 2005, 25 de octubre de 2005, 31 de mayo de 2005, 9 de marzo de 2005, 4 de febrero de 2005, 23 de septiembre de 2004, 15 de enero de 2004 y 14 de octubre de 2003, Castilla y León de 5 de mayo de 2006 y Extremadura de 19 de octubre de 2006, 25 de septiembre de 2006, 13 de julio de 2006 y 20 de febrero de 2003).

Como señala la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 12 de marzo de 1998: *“la necesidad en este caso, implica que solo cabe acudir a la medida si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad, como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, estaría vetada la intervención (STC 31 enero 1985, SSTS 24 junio y 18 julio 1996)”*.

Lo relevante desde el punto de vista jurídico es que la entrada domiciliaria por parte de la Inspección sea necesaria y no, por el contrario, que sea simplemente útil o conveniente. En tal sentido, tanto la STS de 21 de junio de 2002 como el Auto del mismo Tribunal de 13 de febrero de 2004, señalan –respecto de una intervención administrativa- que *“tal medida, por afectar derechos fundamentales, no puede ser adoptada, aun siendo útil en el caso sometido a la consideración del juez instructor, si no es necesaria”*. Todo ello equivale a decir que la entrada domiciliaria únicamente será ajustada a Derecho cuando, para el desarrollo de las actuaciones inspectoras llevadas a cabo, hayan resultado infructuosos otros posibles medios o medidas alternativas.

II. ¿PUEDEN CONSIDERARSE DOMICILIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO LOS DESPACHOS PROFESIONALES?.

La doctrina que con más profundidad ha estudiado esta cuestión, señala que las cuatro características propias del domicilio constitucionalmente protegido son las siguientes: a) Espacio físico delimitado; b) Ocupado de manera ocasional o estable; c) Destinado a vivienda o al ejercicio de una actividad empresarial o profesional; d) Compatible con la salvaguarda de la privacidad. Por lo tanto, también es domicilio constitucionalmente protegido el despacho profesional o el domicilio de las personas jurídicas como “espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas” los empresarios o profesionales. El concepto de domicilio al que se refiere el artículo 18. 2 CE es, como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, “más amplio que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo”, sin que puedan admitirse “concepciones reduccionistas” que lo equiparen “al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación”.

Cierto es que diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo negaron la condición domiciliaria a los despachos profesionales de abogados (SSTS de 30 de abril de 2002, 27 de junio de 1994 y 6 de julio de 1995), o las gestorías (STS de 20 de junio de 2003), pero tan rotundas afirmaciones pueden ser rebatidas en la actualidad si se tiene en cuenta la rica doctrina del TEDH con ocasión de la exégesis del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al cual debe atenderse de manera obligatoria, ex art. 10. 2 CE. En las

Sentencias de 16 de febrero de 2002 (caso **AMANN**), 4 de mayo de 2000 (caso **ROTARU**), 25 de junio de 1997 (caso **HALFORD**) y 16 de diciembre de 1992 (caso **NIEMIETZ**), el Tribunal de Estrasburgo recuerda “el derecho del individuo de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes”, sin que exista “ninguna razón de principio que permita excluir las actividades profesionales o comerciales de la noción de vida privada”. Asimismo, la Sentencia TEDH de 27 de septiembre de 2005 (caso **PETRI SALLINEN**) afirma que el concepto de “domicilio” puede incluir “el despacho profesional de una empresa dirigida por una persona privada, así como las oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocio”.

Desde esta perspectiva se entiende mejor la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo, para el que el art. 18. 2 CE no es otra cosa que el espacio en el cual las personas físicas proyectan “su yo anímico en múltiples direcciones” (SSTS de 18 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 17 de diciembre de 2003, 27 de noviembre de 2000, 19 de mayo de 1999, 9 de junio de 1998, 27 de abril de 1998 y 7 de noviembre de 1997, entre otras), lo que exige una interpretación del mismo “amplia y flexible” (SSTS de 18 de octubre de 2006, 12 de julio de 2004, 17 de diciembre de 2003, 4 de noviembre de 2002, 19 de marzo de 2001) que implica “no sólo el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con el objeto de desarrollar en él alguna actividad” (SSTS de 18 de noviembre de 2005, 27 de noviembre de 2000, 7 de noviembre de 1997, 20 de mayo de 1997 y 18 de octubre de 1996). Por otra parte, no puede soslayarse tampoco que si el TC considera que las sociedades mercantiles “también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena” (STC de 26 de abril de 1999), análogo razonamiento habrá de aplicarse al ámbito espacial en el que el profesional persona física desarrolla su actividad económica. En cualquier caso, y esto es una regla general para la interpretación de todos los derechos fundamentales, si la Administración albergase dudas sobre la consideración de un determinado recinto como domicilio protegido, habría de decantarse por la opción favorable a otorgar a dicho habitáculo la condición domiciliaria (SSTS de 4 de noviembre de 2002 y 6 de julio de 1995), pues siempre *“sería preferible que la Inspección, como integrante de la Administración Tributaria, exceda su celo en el cumplimiento del mandato constitucional, aun a costa*

de tener que salvar más obstáculos en su labor, que no, con su actuación, generar una violación de un derecho consagrado constitucionalmente”.

III. EL CONSENTIMIENTO DEL OBLIGADO TRIBUTARIO COMO TÍTULO LEGITIMADOR DE LA INMISIÓN DOMICILIARIA INSPECTORA.

Los artículos 113 y 142. 2 LGT así como el art. 172. 3 del RAT aluden al consentimiento del titular domiciliario como presupuesto legitimador de la entrada. Tres requisitos debe reunir dicho consentimiento. En primer término, que lo preste el propio obligado tributario como titular legítimo del domicilio en el que va a realizarse la inspección. En segundo lugar, que dicho titular ostente la capacidad jurídica necesaria o suficiente para poder otorgar ese consentimiento. Por fin, que éste sea prestado de forma enteramente libre y voluntaria, es decir, sin la concurrencia de vicios obstativos de la voluntad que pudieran afectar a la manifestación jurídica realizada. El Tribunal Supremo deja claro que el consentimiento de entrada por el titular del domicilio únicamente podrá entenderse otorgado cuando coincida con su voluntad real, es decir, que haya sido prestado con total y entera libertad, espontáneamente y sin mácula alguna de presión psicológica o de actitud engañosa por parte de la autoridad administrativa que pretenda la inmisión domiciliaria (SSTS de 26 de noviembre de 2003, 13 de diciembre de 2002, 12 de abril de 2002, 17 de abril de 2001, 4 de marzo de 1999, 12 de diciembre, 26 de junio, 23 de enero de 1998 y 2 de junio de 1995)

Es más, los funcionarios de la Inspección están obligados a advertir al titular del domicilio en el que se pretende la entrada, de las razones o motivos de dicha entrada (SSTS de 14 de marzo de 2006 y 4 de noviembre de 2002) y particularmente del derecho que le asiste al titular de oponerse o negarse a la misma. De manera rotunda lo ha señalado así el Tribunal Supremo al afirmar que *“el consentimiento prestado debe ser correctamente informado y terminantemente libre. El titular del derecho debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación”* (STS de 26 de noviembre de 2003).

De forma si cabe más clara lo ha advertido también la Audiencia Provincial de Valencia, cuando apostilla que *“el consentimiento debe ser solicitado de manera expresa y formal e informando al requerido del objeto de la solicitud y de las razones de la misma, así como de su derecho constitucionalmente reconocido a no consentir la entrada en su domicilio sin mandamiento judicial. Sólo así se garantiza que el consentimiento pueda prestarse de manera consciente y libre, y por tanto válidamente”* (Sentencia de 23 de octubre de 1997). Lógicamente, ello tendría repercusiones en las propias pruebas obtenidas por la Inspección, pues en aplicación de la teoría procesal del “fruto del árbol envenenado” dichas pruebas podrían adolecer de nulidad absoluta (art. 11. 1 LOPJ). Así, por ejemplo, la SAN de 24 de octubre de 2003, establece que el consentimiento para la entrada debe ser otorgada por el titular, no por empleado alguno, no siendo tampoco suficiente que no conste su negativa: *“La información obtenida de los archivadores reconocidos fue la única tomada en cuenta por la Inspección para la determinación de la B I y a ello se añade que la persona presente durante el reconocimiento era un empleado ocasional en el curso de una inspección efectuada sin autorización judicial y sin autorización de los legales representantes de la empresa (únicos que podían suplir la falta de autorización judicial), sin que conste prestado tal consentimiento a posteriori. La información obtenida resultó ser una prueba ilícitamente obtenida y las actuaciones inspectoras nulas de pleno derecho”*. En el mismo sentido, la SAN de 4 de diciembre de 2003, afirmará que: *“el consentimiento de un jardinero empleado de la entidad no es suficiente para autorizar la entrada en el domicilio de la misma, sino que la autorización debe provenir del titular, sin que baste que no conste su negativa. Por tanto, la prueba ilícitamente obtenida supone la nulidad de las actuaciones de la Inspección”*.

Nótese, por otro lado, que la negativa a otorgar el consentimiento por parte del titular del domicilio, cualquiera que sea el fundamento de dicha negativa, carece de efectos jurídicos perjudiciales para el contribuyente, y no puede en absoluto tildarse de excusa o resistencia a la actuación inspectora (no siendo por ello sancionable), al tratarse del simple ejercicio de un derecho constitucional fundamental (y lo mismo acontecería con la revocación de ese mismo consentimiento, una vez prestado). Eso sí, la carga de la prueba de que el consentimiento se prestó válidamente recae sobre la Administración (art. 105. 1 y 214. 1 LGT y 217 LEC) quien no podrá limitarse a señalar que no hubo oposición manifiesta del obligado, sino que tendrá que demostrar que éste la otorgó oportunamente. En tal sentido, la STS de 17 de mayo de 2001, afirma que

“cuando el Tribunal de instancia dice, como una de las razones para apoyar su decisión, que “no consta que no se autorizase la inmisión necesaria para la inspección en la vivienda de la recurrente”, está utilizando un argumento equivocado, porque no es la negativa lo que tiene que constar, sino el consentimiento. El art. 18. 2 de la CE no permite otra interpretación: la Administración necesita el consentimiento del titular, y no le basta el mero hecho de que no conste la negativa” (igualmente las SSAN de 11 de octubre, 20 de julio, 18 y 11 de mayo de 2006, entre otras).

Si se tratase del domicilio de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica, el consentimiento debe solicitarse y deberá ser prestado en el primer caso por el administrador como representante legal y orgánico de la entidad (SSTS de 30 de mayo de 2003, 13 de diciembre de 2002 y 2 de junio de 1995; SAN de 24 de marzo y 4 de diciembre de 2003; SAP de Gerona de 22 de mayo de 2000; SAP de Barcelona de 3 de julio de 2001) y en el segundo, por aquella persona que ostente la representación del ente sin personalidad. Ha de reputarse, pues, irregular el consentimiento recabado de los empleados o los encargados de tareas administrativas (STS de 17 de mayo de 2001, SSAN de 11 de octubre, 20 de julio de 2006 y 18 de mayo de 2006, 15 de abril de 2004 y SAP de Gerona de 22 de mayo de 2000).