|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 197/2010 |
| Fecha | de 21 de diciembre de 2010 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 5583-2005 |
| Asunto | Recurso de amparo 5583-2005 |
| Fallo | Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por oposición al art. 24.1 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 21 de julio de 2005 el procurador de los Tribunales don Julián Caballero Aguado, en representación de Viajes Mapfre Agencia de Viajes, S.A., dedujo demanda de amparo contra los Autos de 5 de mayo y 6 de junio de 2005, dictados por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 128- 2005 (procedente del procedimiento ordinario 156-2004 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Getafe).

En el primero de los Autos se rechazaba el recurso de reforma interpuesto contra anterior providencia de la Sección en la que se requería al apelante para que aportase el resguardo acreditativo de haber autoliquidado en tiempo oportuno la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional devengada a consecuencia de la interposición de un recurso de apelación. En el segundo se acordó declarar indebidamente admitido el recurso de apelación interpuesto y la firmeza de la Sentencia impugnada. El órgano judicial razona que el art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, autoriza sólo la subsanación del requisito de acreditar el pago de la tasa, pero no el requisito del pago mismo, de suerte que, al no haberse cumplido con la totalidad de los requisitos exigibles para la admisión de la apelación, resultaba procedente declararla mal admitida y archivar las actuaciones.

2. La entidad mercantil demandante de amparo considera en esencia que el órgano judicial lesionó su derecho a la tutela judicial efectiva al no permitir la subsanación del requisito del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. A su juicio el carácter subsanable del requisito del propio pago de la tasa y no sólo de la justificación de tal pago se desprende del desarrollo reglamentario de la ley, efectuado por la Orden del Ministerio de Hacienda núm. 661-2003, de 24 de marzo, la cual exige que el Secretario Judicial requiera de pago al sujeto pasivo si junto con el escrito que realiza el hecho imponible (en este caso la interposición de la apelación) no se acredita el pago de la tasa en cuestión. Y en el mismo sentido militaría la resolución de la Secretaría de Estado de Justicia, de 8 de noviembre de 2003, por la que se dictan instrucciones a los Secretarios Judiciales en relación con la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En una segunda línea de razonamiento se denuncia que la consecuencia de no dar curso al escrito en el que se realice el hecho imponible, prevista en el art. 35.7.2 de la Ley 53/2002, resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE al suponer una consecuencia desproporcionada con el objetivo recaudatorio al que se ordena la tasa, máxime cuando las disposiciones de desarrollo prevén que la falta de ingreso del tributo tan sólo de lugar a una comunicación a la Administración tributaria para que ésta liquide de oficio la tasa. En apoyo de esta tesis trae a colación la doctrina sentada en la STC 141/1988, de 12 de julio, que declaró inconstitucional el art. 57.1 de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

3. Por providencia de 1 de julio de 2008 la Sala Segunda acordó admitir a trámite el presente recurso de amparo y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Getafe para que, en el término de diez días, remitieran testimonio o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 128-2005 y al procedimiento ordinario núm. 156-2005 respectivamente, debiéndose emplazar por el Juzgado a quienes hubieran sido parte en el proceso judicial, salvo al demandante de amparo, para que en el término de diez días pudieran comparecer en el presente recurso de amparo.

4. Por diligencia de ordenación de 24 de septiembre de 2008, de conformidad con lo dispuesto por el art. 52.1 LOTC, se concedió a las partes y al Ministerio público plazo de veinte días para formular las alegaciones que estimasen pertinentes.

5. En las alegaciones presentadas el día 17 de octubre de 2008, tras realizar un análisis del régimen jurídico de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sostiene el Fiscal que lo que en este proceso de amparo se debate no es si la exigencia del pago de la tasa judicial prevista en la Ley 53/2002 es o no contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino si la interpretación y aplicación de la indicada normativa por el órgano judicial supuso o no una vulneración del indicado derecho fundamental. Considera que la regulación legal y reglamentaria de la tasa en cuestión exige que se requiera al sujeto pasivo para que pague la tasa si no aporta justificación de haberlo efectuado junto con el escrito correspondiente, dando así ocasión de subsanar, no sólo la acreditación del pago de la tasa, sino su mismo pago, posibilidad de la que se ha privado al demandante de amparo, el cual, ni fue requerido por el Secretario Judicial del Juzgado ante el que presentó el escrito que realizaba el hecho imponible para que acreditase el pago de la tasa o realizara el pago, ni tampoco pudo pagar la tasa cuando la Audiencia Provincial advirtió el defecto.

6. El demandante de amparo formuló alegaciones mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2008, insistiendo en que, al no habérsele dado ocasión de subsanar la omisión del pago de la tasa, se le ha privado del derecho a la segunda instancia, vulnerándose así su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En apoyo de su argumentación cita resoluciones de la misma Audiencia Provincial y de otros órganos judiciales en las que, en supuestos semejantes, se efectúa el requerimiento que el demandante echa en falta en su caso.

7. Mediante providencia de 4 de octubre de 2010 la Sala Segunda acordó, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 55.2 y 35.2 LOTC, y con suspensión del plazo para dictar Sentencia, oír a la parte recurrente y al Ministerio público por término de diez días a fin de que pudieran alegar lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de ésta por si el art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y de orden social, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto condiciona el curso del proceso al pago del tributo.

8. La sociedad demandante de amparo formuló alegaciones el 4 de noviembre de 2010 solicitando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en aplicación de la doctrina sentada en la STC 141/1988, de 12 de julio.

El Fiscal, mediante escrito presentado el día 10 de noviembre de 2010 reiterando la argumentación vertida en el escrito de alegaciones formulado en el presente recurso de amparo, considera que cabe una interpretación del precepto legal que lo acomode a la Constitución, consistente en entender que dentro del plazo de subsanación que ha de conceder el Secretario Judicial cuando no se acompaña el resguardo del pago de la tasa correspondiente cabe, no sólo la aportación del resguardo de haberla satisfecho oportunamente, sino el mismo pago de la tasa. A tal conclusión conduce, en opinión del Fiscal, el hecho de que la normativa de desarrollo del precepto legal (Orden HAC/661/2004, de 24 de marzo, del Ministerio de Hacienda, y Resolución de 8 de noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Justicia) prevea que si, tras el requerimiento formulado por el Secretario, no se acredita el pago de la tasa, tal circunstancia haya de ser comunicada a la Administración Tributaria para que proceda a su liquidación de oficio, previsión que no tendría sentido si la falta de pago de la tasa condujera indefectiblemente a la inadmisión del escrito cuya presentación produce el devengo de la tasa. Consecuentemente el Fiscal considera innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 55.2 LOTC, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que “en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque a juicio de la Sala o, en su caso, de la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar Sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”. Tal previsión es aplicable con independencia de la fecha de iniciación del proceso de amparo (disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución lo que en el presente recurso de amparo se debate es si se vulneró o no el derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la decisión judicial de tener por indebidamente admitido el recurso de apelación deducido por el demandante (y, en consecuencia, archivar las actuaciones con firmeza de la Sentencia apelada) con fundamento en que no se acreditó haber satisfecho en tiempo oportuno la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, requisito considerado subsanable por el órgano judicial sólo en cuanto a la justificación de haber pagado la tasa oportunamente pero no en cuanto a la realización del pago mismo.

2. La demanda de amparo incorpora dos líneas de argumentación que, aun cuando se entrecruzan con frecuencia, poseen sustantividad propia. Una de ellas, a la que fundamentalmente se refiere el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, se centra en si la lesión denunciada se produjo como consecuencia de no admitir la subsanación del requisito del pago de la tasa por considerar subsanable únicamente la acreditación del pago que tempestivamente se hubiera realizado. A este razonamiento se añade otro, que sitúa la lesión en la misma exigencia legal contenida en el art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, de condicionar el curso del proceso (en este caso, de la fase de apelación) al pago del tributo, consecuencia que la entidad demandante de amparo considera que impone un sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva que resulta desproporcionado con los fines recaudatorios a los que sirve el establecimiento del tributo.

Esta segunda perspectiva de la cuestión, esto es, la que sitúa la lesión en la misma ley como consecuencia de la configuración del pago del tributo como un presupuesto necesario para la admisibilidad del acto procesal gravado con el mismo, es la que se contempla en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 647-2004, 1389-2005 y 1584-2005, todas ellas admitidas a trámite por este Tribunal por considerar que la duda de constitucionalidad planteada por los órganos judiciales correspondientes no resulta manifiestamente infundada. En consonancia con ello la Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo por colisión del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, con el art. 24.1 CE, en cuanto el pago del tributo configurado en ella se torna en un obstáculo insalvable y desproporcionado para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. De ahí que resulte procedente elevar al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el indicado precepto legal.

Por todo lo anterior, la Sala

ACUERDA

Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por oposición al art. 24.1 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo.

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil diez.