

1. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL «SOLVE ET REPETE»

(Sentencia de 15 de Marzo de 1985, Sala 4.ª del Tribunal Supremo. Aranzadi número 1594)

347.991

por

Tomás Quintana López

De nuevo nos encontramos ante otra manifestación del encomiable empeño del Poder judicial por adecuar, dentro de lo que son sus funciones, nuestro Ordenamiento jurídico a los postulados constitucionales. En este momento le ha correspondido el turno al viejo principio «solve et repete» a través de la sentencia que a continuación comentamos, cuya ponencia corresponde al señor don Manuel GORDILLO GARCÍA.

Como es sabido, el previo pago antes de reclamar, traducción de la referida expresión latina, nace vinculado a materia impositiva, para servir a una Hacienda pública débil, y desde allí se proyecta en 1888 (Ley de Santamaría de Paredes) a cualquier acto administrativo que genere la obligación de hacer efectiva una cantidad de dinero por el administrado (1). Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aprobada en 1956, en su redacción

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.ª ed., pág. 543.

originaria no supuso un freno al «solve et repete»; fue la reforma de ésta, producida por Ley de 17 de marzo de 1973, la que limitó el ámbito del previo pago antes de recurrir a los supuestos en que estuviera previsto por una Ley (2).

Con todo, nuestros Tribunales no se deciden por acomodarse definitivamente a una postura contraria al principio (3), y ello pese a la marcada trayectoria de la doctrina que reiteradamente sometió a crítica esta institución (4).

En definitiva, el «paga y después reclama» subsistió y hoy persiste en nuestro Ordenamiento. Ni siquiera la aprobación de la Constitución, su artículo 24, que garantiza a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, ha sido suficiente para arrancar de nuestro Poder judicial la voluntad decidida de acabar con este desproporcionado principio (5). Tampoco el Tribunal Constitucional ha declarado hasta la fecha la inconstitucionalidad de los preceptos que la albergan.

No obstante, tratándose de cuestiones que, aun no siendo específicamente expresiones del «solve et repete», guardan con él ciertas similitudes, cabe obtener, en estos momentos, del intérprete supremo de la Constitución, una definida línea jurisprudencial. Si bien somos conscientes, y ello lo anunciamos desde ahora, que el análisis que realizamos sobre esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional afecta a un tema distinto del que motiva estas líneas. Que nosotros sepamos, este Tribunal no se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad del previo pago antes de recurrir, lo que no

(2) Sobre los efectos que sufrió el *solve et repete* en la Jurisprudencia como consecuencia de la Ley 10/1973, de 17 de marzo, *vid.* VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín R., en *Revista de Administración Pública*, núm. 75, págs. 204 y ss.

(3) *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan-Alfonso: «Un paso adelante en la extinción del *solve et repete*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, págs. 311 y ss. Y SOSA WAGNER, Francisco: «El eterno retorno del *solve et repete*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 16, págs. 86 y ss. Comentando ambos sendos pronunciamientos jurisprudenciales.

(4) Además de los autores ya citados, también se pronuncian en contra del *solve et repete*: CLAVERO ARÉVALO, Manuel-Francisco; MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, y MARTÍN OVIEDO, José-María, en trabajos publicados en la *Revista de Administración Pública*, núms. 41, 43 y 58, respectivamente.

(5) Últimamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, que justifica el comentario de MÍNGUEZ BEN, Eduardo: «*Solve et repete*, ¿hasta cuándo?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 43, págs. 619 y ss.

impide su estudio, ya que nos remite a un cuerpo de doctrina emparentado con el tema que nos ocupa.

De acuerdo con lo que acabamos de decir, hemos de tomar en consideración varias sentencias del Tribunal Constitucional pronunciadas a lo largo de 1983, cuyo objeto es definir la adecuación a la Constitución de las fianzas y consignaciones previas al ejercicio de alguna acción o a la interposición de recursos.

Por lo que se refiere a fianzas, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia de 11 de julio de 1983 (*BOE* 9 agosto), tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por el que se impone a cualquier ciudadano que pretenda querellarse la prestación de una fianza, por presunta contradicción con el artículo 24 de la Constitución española. La solución al caso del Tribunal nos interesa, en cuanto afirma:

«... la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24, 1, de la Constitución».

También se ha ocupado este Tribunal de las consignaciones para recurrir que establece la legislación laboral. Concretamente, de los artículos 170 y 181 del Decreto legislativo número 1568/1980, de 13 de junio (Texto refundido de la Ley de Procedimiento laboral), al exigir una consignación de cantidad para poder recurrir en casación o suplicación. En numerosas sentencias, a partir de la conocida de 25 de enero de 1983 (*BOE* 17 febrero), dictada para resolver una cuestión de inconstitucionalidad suscitada a causa del artículo 170 de la Ley de Procedimiento laboral, el Tribunal Constitucional ha reconocido la adecuación a la Constitución de tal precepto, en cuanto que se ajusta a los principios constitucionales, y, más en concreto, al derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales que garantiza el artículo 24, 1, de la Norma fundamental. La obligación de consignar determinadas cantidades para quien pretende recurrir en casación, o suplicación, en lo laboral, pese a que vincula el acceso a estos recursos, no puede considerarse inconstitucional desde su confrontación con el artículo 24, 1, de la Constitución, ya que:

«es evidente que el legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas al espíritu constitucional, siendo, en definitiva, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el artículo 170 de la Ley de Procedimiento laboral y el artículo 24, 1, de la Constitución española».

Aun teniendo en cuenta la prudencia con que el Tribunal Constitucional maneja estas instituciones, y las razones que esgrime en favor del mantenimiento de fianzas y consignaciones previas a la querrela penal o al recurso en lo laboral, por su compatibilidad con el derecho a la tutela de Jueces y Tribunales, hay que detenerse en su aplicabilidad en favor de la permanencia del «solve et repete» en el Ordenamiento español. Por una parte, las fianzas, en el caso aludido, representan una garantía de ausencia de conducta temeraria o de mala fe en quien se querrela; por otra, las consignaciones, o son fórmulas que tratan de asegurar la ejecución de una sentencia, si posteriormente es confirmada, evitando la eventual desaparición de los medios de pago, o pretenden suprimir la contumacia del litigante, razones todas ellas que justifican su existencia, de que carece el instituto que nos ocupa. No olvidemos que la Administración goza de numerosos privilegios (ejecutividad de los actos administrativos sin que hayan alcanzado firmeza, carácter no suspensivo de los recursos que se interpongan contra ellos, esto como regla general...); su labor, por tanto, en servicio de los intereses generales, dispone de suficientes medios como para no ser obstaculizada en exceso por parte de los administrados cuando la consideren no sometida al Derecho. Por el contrario, el mantenimiento del «solve et repete», como cualquier medio que dificulte la judicialización de la actividad administrativa, se pone al servicio de una Administración viciada, desvinculada de la legalidad, al saberse parapetada por numerosos obstáculos, y éste sin duda es uno de ellos, que ponen trabas al acceso del administrado a los Tribunales de Justicia.

En reacción a este estado de cosas que hoy sustenta nuestro Derecho, se pronuncia acertadamente el Tribunal Supremo, a través de la sentencia antes citada. Es el artículo 24, 1, de la Constitución el pórtico que da paso al derecho a obtener tutela efectiva de Jue-

ces y Tribunales, y a la vez sirve de fundamento a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para realizar este importante pronunciamiento:

«Que el principio 'solve et repete' —cuya aplicación había sido ya limitada por la jurisprudencia de este Tribunal a aquellos casos en que se imponía por una norma legal— ha de estimarse sin ninguna posibilidad de vigencia a partir de la publicación de la Constitución, que en su artículo 24, 1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; por lo que al recogerse el referido principio en el párrafo segundo del artículo 14, 1, del Reglamento municipal impugnado —en el que, textualmente, se establece que 'las empresas o personas sancionadas deberán hacer efectiva la multa impuesta o consignar su importe como requisito previo a la interposición de cualquier recurso que proceda contra el acuerdo de sanción'—, se ha de llegar a la necesaria conclusión de que el citado precepto, en ese concreto extremo, no es conforme a derecho».

Pese a la claridad del considerando transcrito, su importancia, con independencia de la que representa para el caso dilucidado, en el orden jurídico general, es meramente testimonial. Las Salas de lo Contencioso pueden declarar no ser conforme a derecho actos de la Administración y disposiciones de rango inferior a Ley; esto último es precisamente lo ocurrido con el artículo 14, 1, del Reglamento de Inspección de Abastos y Mercados, aprobado por el Ayuntamiento de Madrid, de 11 de septiembre de 1981. Este Reglamento, al recoger en su contenido el principio del previo pago, choca con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en sus artículos 57, 2, e), y 132, 4, que exigen rango de Ley para la efectividad del principio, según pacífica interpretación de estos preceptos. Esta razón, por sí sola, priva de virtualidad al artículo 14, 1, del Reglamento y convierte en sobranse cualquier otro argumento en orden a su anulación. Por tanto, donde radica la fuerza del «solve et repete» es en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en cualquier otra norma que disponga del mismo rango, y contra ellas nada puede ni ésta ni ninguna Sala de lo Contencioso, por muchos argumentos que esgrima sobre su inconstitucionalidad. En relación con las leyes posconstitucionales, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, cuando los Jueces y Tribunales entiendan que han quedado derogadas por la Cons-

titución, deben inaplicarlas, pero nada más. Es de la mano del Tribunal Constitucional como hay que llegar a la declaración expresa de las normas con rango de Ley que por aceptar el «solve et repete» deben de ser depuradas del Ordenamiento jurídico, por suponer éste un serio obstáculo a la tutela jurisdiccional de los derechos de los administrados.