

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL REQUISITO DEL PREVIO PAGO

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1972

I. ANTECEDENTES

1. La Diputación de A. gira liquidación por un arbitrio provincial, que se notifica con todos los requisitos legales a la sociedad obligada al pago.

2. La sociedad interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal provincial, solicitando la suspensión de la ejecución del acto objeto de recurso.

3. El Tribunal económico-administrativo provincial accede a la suspensión de la ejecución, prestando la recurrente la correspondiente garantía, consistente en aval bancario por el importe de la liquidación más el 10 por 100.

4. El Tribunal económico-administrativo provincial dicta resolución desestimando la reclamación y confirmando la liquidación girada por la Diputación.

5. La sociedad, a la que se había girado la liquidación, interpone «recurso contencioso-administrativo» sin acompañar el documento acreditativo del pago, si bien se subsanó por la recurrente en el plazo de diez días concedido por la Sala de lo contencioso-administrativo.

6. La Audiencia Territorial dicta sentencia el 10 de diciembre de 1970, estimando el «recurso contencioso-administrativo» y anulando la liquidación practicada.

7. La Diputación Provincial y el Abogado del Estado interponen recurso de apelación, que es resuelto por sentencia de 6 de abril de 1972.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, en esta importante sentencia de 6 de abril de 1972 (de que fue ponente Diego Espín Cánovas), sienta la siguiente doctrina (en sus considerandos 2.º, 3.º y 4.º):

«Considerando: Que la alegada inadmisibilidad se basa, según el representante de la Administración, en el incumplimiento del requisito del previo pago del importe de la liquidación recurrida, al interponer el recurso contencioso-administrativo según preceptúa el artículo 57, 2, e), de la Ley Jurisdiccional, lo que determina, conforme al artículo 82, f), de la misma, su inadmisibilidad, sin que puedan convalidarse dicha defectuosa interposición del recurso jurisdiccional por el cumplimiento ulte-

rior del requisito del pago, como aconteció en el presente caso, ya que la subsanación de defectos que autoriza el artículo 57, 3, de dicha Ley se refiere a la presentación de documentos acreditativos de los requisitos exigidos por la Ley, pero no para su cumplimiento, según jurisprudencia de este Alto Tribunal que se alega, inadmisibilidad que debe declararse aún de oficio por ser de orden público, por lo que, según el Abogado del Estado, no es obstáculo a esta declaración el que no se hubiese alegado por las partes demandadas ante el Tribunal de Primera Instancia.

Considerando: Que en el presente caso, en la interposición del recurso ante la Audiencia, se manifestó por la entonces recurrente que el importe de la liquidación más un 10 por 100 había sido afianzado por aval bancario, por acuerdo del Tribunal económico-administrativo provincial de Oviedo, con suspensión del ingreso de la cantidad garantizada, por lo que daba por cumplido el requisito del artículo 57, 2, e), de la Ley Jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, así como de auto de la Sala, a la que se dirigía en anterior recurso, y que acordado por la Sala la presentación del resguardo del pago en término de diez días, se llevó a efecto el pago por la recurrente, sin que ninguna de las partes demandadas alegase nada en su contra.

Considerando: Que si bien la garantía del aval bancario, acordada por el Tribunal económico-administrativo provincial, tiene eficacia «mientras dure la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo», según dispone el artículo 83, 1, del Reglamento de aquella garantía a la vía jurisdiccional, no es menos cierto que invocado por la recurrente en su escrito inicial de 2 de julio de 1969, el criterio contrario mantenido por la Sala a la que se dirigía, según auto de 26 de octubre de 1969, y concedido por dicha Sala plazo de diez días para acreditar el previo pago, lo que se efectuó dentro del mismo, hay que estimar que en el presente caso debe entenderse cumplido, en términos equivalentes, el requisito del previo pago, ya que desde la interposición del recurso por la alegación del aval bancario, y dentro del plazo que se le concedió por el efectivo pago, siempre ha estado la Administración garantizada de la ejecución del acto administrativo, razones que junto a las circunstancias concurrentes ya expuestas permiten tener por cumplido el requisito del artículo citado de la Ley Jurisdiccional, rechazando así la inadmisibilidad, no alegada por ninguna de las partes demandadas en primera instancia y sólo en apelación por una de ellas.»

III. CRÍTICA

1. Esta sentencia tiene un significado trascendental en la evolución de la doctrina jurisprudencial, en cuanto supone el abandono de una acusada tendencia formalista de la Sala tercera a la hora de interpretar el requisito del previo pago. En efecto, es un hecho constatado por la doctrina la muy diferente actitud de las Salas de lo contencioso-administrativo al interpretar la norma contenida en el artículo 57, párrafo 2, apartado e), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como he señalado en otra ocasión (1):

a) El precepto legal se aplica a cualquier tipo de «recursos contencioso-administrativos», abstracción hecha de la materia que constituye su objeto y del órgano de que emane el acto impugnado.

b) Sin embargo, al interpretar este precepto legal único, las Salas tercera y cuarta de nuestro Tribunal Supremo han llegado a resultados harto distintos. Es cierto que ambas Salas, al señalar el criterio que

(1) *La experiencia española de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956*, en esta Revista, 1970, págs. 1036-1037.

debe presidir la interpretación del precepto, no dudan en proclamar el criterio restrictivo, como la sentencia de la Sala tercera de 7 de abril de 1962 (de que fue ponente Jiménez Asenjo), que proclamó que, «en todo caso, la duda debe ser resuelta a favor de los recurrentes, puesto que, en definitiva, dicha condición constituye un obstáculo al libre acceso a los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa expresa en la fórmula *solve et repete*, de la cual aquel requisito es su manifestación más expresiva y debe por ello ser interpretada restrictivamente».

Pero a pesar de partir una y otra Sala del mismo principio de interpretación, al enfrentarse con aquel precepto el distinto criterio de las Salas repercute en la aplicación. Y así como la Sala cuarta considera cumplido el requisito con la simple consignación o depósito de la cantidad litigiosa, la Sala tercera sigue con el criterio formalista tradicional de entender que únicamente se cumple con el requisito cuando se efectúa el pago en firme. El hecho se destaca por un Magistrado, Mendizábal Allende, al enfrentarse, en un estudio exhaustivo, con la jurisprudencia de ambas Salas (2).

Y añadía: «Para enjuiciar debidamente aquella actitud jurisprudencial de apego al principio de su concepción tradicional, confróntese con la jurisprudencia italiana, que ha llegado a calificar el principio de *solve et repete* como anticonstitucional, en una memorable sentencia, que la doctrina ha destacado como se merece. Pues no puede ser más contrario al principio de igualdad ante la Ley precepto como el de *solve et repete*; para ciertas fortunas no supondría la menor molestia el tener que pagar antes de recurrir; para otras supondrá una grave carga, y para otras, la imposibilidad de acudir a los Tribunales para defenderse de las arbitrariedades de la Administración» (3).

También se ha eliminado en otros Ordenamientos, como el uruguayo, habiéndose afirmado: «Esta solución liberal es acorde con las recomendaciones de varias reuniones internacionales de juristas, en que tuvo participación el Uruguay, y se ajusta a la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, que a partir del *leading case* número 75, de 25 de mayo de 1959, Consejo Nacional de Subsistencias c Ravizza Luis H. Multa. Inconstitucionalidad, declaró inconstitucional el privilegio fiscal del pago previo» (4).

(2) *Significado actual del principio "solve et repete"*, "Revista de Administración pública", número 43. No sólo en este aspecto, sino en otros muchos, se observa un muy diferente criterio jurisprudencial entre las Salas, como revelan las estadísticas judiciales. Concretamente, en las publicadas al comenzar el año judicial de 1970 se daban las cifras siguientes:

Sala Tercera: De un total de 728 recursos en única instancia tramitados en el año judicial 1969-70: Estimó totalmente, 58; estimó parcialmente, 40.

Sala Cuarta: De un total de 1.382 recursos en única instancia tramitados: Estimó totalmente, 150; estimó parcialmente, 65.

Sala Quinta: De un total de 1.471 recursos en única instancia: Estimó totalmente, 330; estimó parcialmente, 191.

Así, en estadísticas publicadas en el *Discurso de apertura de Tribunales*, Madrid, 1970. Estadísticas números 5, 6 y 7.

Podría explicarse esta diferente proporción de asuntos estimados por la diferencia existente entre los Departamentos ministeriales de que conocen las Salas, dado el reparto de competencias por Ministerios de que se parte en el sistema español.

Pues la Sala Tercera conoce, fundamentalmente, de los "recursos contencioso-administrativos" deducidos en relación con actos de los Ministerios de Obras Públicas y Hacienda, que, por su solera y tradición, no incurrir en tantas arbitrariedades como otros Departamentos administrativos. Además, los asuntos procedentes del Ministerio de Hacienda llegan al Tribunal Supremo después de pasar por el tamiz de los Tribunales económico-administrativos, que remedian buen número de ilegalidades.

Pero, además de esta circunstancia, hay que destacar la especial idiosincrasia de las distintas Salas.

(3) Cfr. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milán, 1966, páginas 60-92; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, páginas 101-102.

(4) Así, A. RAMÓN REAL, *Estudios sobre Derecho administrativo*, Montevideo, 1968, III, página 67.

En análogo sentido, FIX ZAMUDIO, en *Introducción al estudio del proceso tributario en el De-*

«No puede ser más elogiable esta tendencia a suprimir requisito procesal que tan abiertamente pugna con el principio de igualdad, conduciendo a inicuas denegaciones de justicia» (5).

2. Precisamente por contravenir el requisito de *solve et repete*, principio tan elemental como el de igualdad ante las cargas públicas, es elogiable toda tendencia dirigida a reducir su ámbito de aplicación y a atenuar las consecuencias de su incumplimiento.

La jurisprudencia tradicional de la Sala tercera había venido siendo la formalista. Por ejemplo, una sentencia de 30 de junio de 1970, resumiendo esta doctrina, había dicho: «Que el Abogado del Estado formula, con carácter preferente, la causa de inadmisibilidad del artículo 82, apartado f), en relación con lo preceptuado en el artículo 57-2, apartado e), ambos de la Ley Jurisdiccional, por estimar que el recurso interpuesto es, a su juicio, inadmisibile, al no existir en autos la acreditación documental del previo ingreso en el Tesoro público de la liquidación recurrida. Que, efectivamente, no aparece en ningún lugar de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales que la liquidación impugnada haya sido satisfecha, por lo que de conformidad con los artículos citados en el precedente considerando, en la interpretación que los viene dando la jurisprudencia de esta Sala, expresiva de que el mencionado ingreso tiene esencialmente el carácter de condición habilitante para el factible acceso del recurrente a la Jurisdicción, se hace necesario declarar, como la representación del Estado solicita, que el recurso que nos ocupa es procesalmente inadmisibile, sin que puedan obstar a esta conclusión las alegaciones hechas *in voce*, en el acto de la vista, por la defensa de la parte actora, relativas a la subsanación del defecto, ya que tal subsanación no ha sido llevada a cabo en modo alguno en tiempo y forma por dicha parte.»

Ya en esta sentencia de 30 de junio de 1970 se alude a una subsanación, que no había llegado a realizarse. Y la sentencia ahora comentada, de 6 de abril de 1972, en su 4.º considerando, no duda en admitir la subsanación del defecto después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo.

El argumento que utiliza la sentencia (cfr. 4.º considerando) no es otro que el estimar que en todo momento había estado garantizado el pago de la liquidación, en cuanto durante el procedimiento económico-administrativo respondía el aval bancario, y antes de cancelar éste, el recurrente, ya en el proceso administrativo, efectuó el pago.

3. La importancia de la doctrina de la sentencia, en relación con los precedentes jurisprudenciales de la Sala, radica en el hecho de que se admite la subsanación de la falta de pago y no sólo de la falta de la presentación del documento acreditativo del pago hecho antes de iniciarse el proceso administrativo. El 4.º considerando de la sentencia comentada admite expresamente la subsanación por el hecho de que la recurrente verificó el pago dentro del plazo de diez días que le concedió la Sala al efecto, en aplicación del principio formalista que consagra el artículo 129 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Por último, una referencia al problema procesal, que plantea—y resuelve con acierto—el 2.º considerando de la sentencia: las potestades del Tribunal en segunda instancia. Es incuestionable, en aplicación del prin-

recho mexicano, en "Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo xx", Madrid, 1969, págs. 1100-1101.

(5) En análogo sentido, CORDERO TORRES, *Los primeros diez años de la Ley de lo contencioso-administrativo*, publicado en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", núm. julio-agosto 1967, separata, pág. 19, al decir: "No ocultaremos nuestra oposición al vetusto *solve et repete*; pero el problema sale de lo jurisdiccional y entra en lo hacendístico, campo pletórico de tabúes para el jurista, aunque quizá puedan encontrarse fórmulas de caución, escalonamiento u otro medio atenuador del abono."

cipio de doble grado, que la sentencia dictada al resolver un recurso de apelación sólo puede referirse a las cuestiones planteadas en primera instancia. Ahora bien, este principio procesal general se atenúa en el proceso administrativo por aplicación del artículo 43, párrafo 2, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no sólo se aplica en primera instancia (6).

Pero, además, es que, en todo caso, el Juez que conoce del recurso de apelación tiene jurisdicción para conocer y decidir si en primera instancia se cumplieron los requisitos procesales, incluso de oficio, por ser cuestión de orden público. Y así lo interpreta, aplicando correctamente estos principios, la sentencia comentada.

5. Como conclusión final sólo queda destacar las nuevas corrientes que desde hace algún tiempo se observan en la Sala tercera del Tribunal Supremo. Debemos congratularnos todos los juristas de este abandono de viejas concepciones formalistas, para adoptar una línea de interpretación de los preceptos procesales congruentes con los principios informantes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta sentencia, de que ha sido ponente Diego Espín, es una expresiva muestra de esta tendencia.

J. G. P.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1967, tomo III, pág. 391.