

# LA DECADENCIA DE LA REGLA «SOLVE ET REPETE» Y LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

Por

JOSÉ MARÍA MARTÍN OVIEDO

Letrado del Consejo de Estado  
Profesor Ayudante de la Universidad de Madrid

**SUMARIO:** I. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA REGLA «SOLVE ET REPETE»: 1. *Aspecto general*. 2. *El caso de Italia*.—II. LOS PRETENDIDOS FUNDAMENTOS DEL «SOLVE ET REPETE»: 1. *Exposición*. 2. *Crítica*: a) A la fundamentación jurídica. b) A la fundamentación política.—III. EL PREVIO PAGO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL: 1. *El previo pago en la esfera fiscal*. 2. *El previo pago en la esfera contencioso-administrativa*. 3. *El previo pago en la esfera administrativa general*. 4. *El previo pago en la esfera local*.—IV. LA DOCTRINA LEGAL DE LA REGLA «SOLVE ET REPETE».—V. EL «SOLVE ET REPETE» Y LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA.—VI. EL REQUISITO DEL PREVIO PAGO EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL: 1. *El dictamen número 5.127, de 14 de diciembre de 1949*. 2. *El dictamen número 33.097, de 29 de octubre de 1964*.

## I

### ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA REGLA «SOLVE ET REPETE»

#### 1. *Aspecto general*.

La necesidad del previo pago para entablar ciertas reclamaciones en vía gubernativa o contenciosa surgió, en la mayoría de los países, con el perfeccionamiento institucional de su respectivo «régimen administrativo», fenómeno que podríamos fechar a mediados del pasado siglo (1). Tímida en un principio, la regla se extendió con decisión, ayudada por los postulados liberales clásicos, hasta que, al iniciarse el siglo XX, puede decirse que llegó al cénit de su vigencia.

El esplendor de esta regla no ha sido, sin embargo, duradero y hoy asistimos a una franca recesión de la misma en el Derecho comparado.

---

(1) Es claro que utilizo la expresión «régimen administrativo» en el sentido preciso que le ha dado la doctrina; es decir, como alusiva a una determinada etapa en la evolución de las relaciones entre Administración y Derecho. Como es sabido, esa calificación es de origen francés y su clásica exposición se encuentra en HAURIOU: «*Précis de Droit administratif et Droit public*», 11.ª edición, París, 1927, págs. 3 y sigs.

Y ello hasta el punto de que un Congreso científico, haciéndose eco, va ya para diecisiete años, de tal estado de cosas, pidió, pura y simplemente, la supresión de aquélla, por considerarla "una institución cuyo único fundamento es un privilegio opresivo en favor del fisco, que constituye un verdadero caso de denegación de justicia" (2). Pocas veces un grupo científico ha condenado con palabras más duras una institución centenaria del Derecho positivo.

## 2. *El caso de Italia.*

En el Derecho comparado, la regla sólo ha encontrado asilo, al menos de este modo peculiar, en los Derechos continentales y, de ellos, su arraigo ha sido mayor en los Derechos español (3) e italiano.

El ejemplo italiano resulta sumamente interesante para el Derecho español, con el que, hasta llegar a un cierto nivel de progreso jurídico, denota un gran paralelismo (4). En aquel país, la regla *solve et repete* se instituyó por la ley de 20 de marzo de 1865, que abolió los Tribunales administrativos en favor de la jurisdicción ordinaria (5). Varias leyes fiscales posteriores recogieron esta regla (6).

(2) Palabras de UCKMAR, como presidente del II Congreso de la Asociación Internacional de Tributaristas Italianos (Torino, mayo de 1952).

(3) E influidos por él. Así esta regla se encuentra en *Argentina*, en *Panamá* y en *Cuba*. (En este último país continúan en vigor, con algunas modificaciones, las antiguas leyes contencioso-administrativas españolas.)

(4) En lo que me consta, la producción doctrinal italiana es la más abundante en esta materia. De entre su numerosa bibliografía, recojo las obras más características, de las que me he servido para la exposición del Derecho de su país en esta cuestión: BERLIRI: "*Appunti sulla regola del 'solve et repete' nel diritto tributario*", "La Corte dei conti in sede giurisdizionale", 1933, págs. 1 y sigs.; A. D. GIANNINI: "*Solve et repete*", "Rivista di Diritto pubblico", 1936, págs. 349 y sigs.; JARACH: "*Sul fondamento giuridico del 'solve et repete'*", "Rivista di Diritto Finanziario", 1937, I, págs. 54 y sigs.; PRESUTTI: "*Solve et repete*", "Nuovo Digesto Italiano", vol. XII, Torino, 1940, parte I, págs. 567 y sigs., y SALTERNI: "*Contributo alla teorica del 'solve et repete'*", "Rivista di Diritto Finanziario", 1951, I, págs. 49 y sigs. Por otro lado, como advierte A. D. GIANNINI, el tema ha sido objeto de amplias discusiones en el Centro italiano de estudios para las ciencias administrativas, según da cuenta la "Rivista italiana di Diritto Finanziario", 1937, I, pág. 264, y 1939, I, pág. 259 (*Instituciones de Derecho tributario*, trad. esp., Madrid, 1957, pág. 259, nota 123).

Al paralelismo entre Italia y España se refiere ZINGALI: *El principio "solve et repete" en Italia y en España*, "Revista de Derecho Financiero", 23, 1956, págs. 387 a 396.

(5) El artículo 6.º de dicha ley reza así: "En toda controversia en materia de impuestos, los actos de oposición habrán de acompañarse, para ser admitidos en juicio, de la carta de pago del impuesto, excepto en el caso de que se trate de una demanda de suplemento." (El subrayado es mío.)

(6) Ley del Registro (art. 149); Ley tributaria sobre sucesiones (art. 97); Ley aduanera de 25 de septiembre de 1940 (art. 24), etc. (apud. A. D. GIANNINI, *ob. cit.*, páginas 257-258).

La jurisprudencia italiana comenzó por extender la norma, al interpretar con gran amplitud la frase “en materia de impuestos”, a que se refería la ley de 1865 (7). Más adelante, ante las numerosas críticas que estos preceptos despertaron en la doctrina, se fue restringiendo su operatividad, al mantener la necesidad de la interpretación restrictiva de los mismos. En un último estadio, el Tribunal Constitucional de aquel país ha declarado la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete*, por contradecir el principio de igualdad ante la ley, proclamado por el artículo 3 de la Constitución de la República italiana (8), si bien, con anterioridad, la jurisdicción ordinaria había rechazado semejantes pretensiones como “manifiestamente infundadas” (9).

En cuanto a la doctrina, resulta casi innecesario decir, después de lo expuesto, que los autores italianos se pronuncian, de modo prácticamente unánime, por la abolición del *solve et repete*.

## II

### LOS PRETENDIDOS FUNDAMENTOS DEL “SOLVE ET REPETE”

#### 1. Exposición.

Antes de entrar en el examen del Derecho español, me propongo ofrecer un resumen, lo más completo posible, de las distintas fundamentaciones que, bien en su defensa, bien para su crítica, se han ofrecido a propósito de la regla *solve et repete* (10). Este resumen ha de ser

(7) Cfr. ZINGALI, *ob. cit.*, pág. 390.

(8) El texto de este artículo es revelador, pues si su párrafo primero contiene una enunciación que es ya clásica en el Derecho constitucional (“Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política y condición personal y social”), el segundo hace unas precisiones de sumo interés: “Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica o social del país.”

La declaración de inconstitucionalidad tuvo lugar por sentencia de 31 de mayo de 1961, que la refiere, únicamente, al párrafo segundo del artículo 6.º de la Ley de 20 de marzo de 1865. Pero la sentencia de 30 de diciembre del mismo año extendió esa declaración a otras leyes de carácter tributario.

(9) BISCARETTI: *Derecho constitucional*, trad. esp., Madrid, 1965, pág. 681, nota 31. Sobre el tema, vid.: MICHELI, *Presupposti costituzionali del “solve et repete”?*, “Studi Parmensi”, 1951, y SALVATORI, *L'evoluzione del concetto del 'solve et repete' nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, “Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione”, 1948, tercer cuatrimestre, pág. 47.

(10) Prescindo de abordar el tema de si se trata de una “regla” o un “principio”;

meramente enumerativo, pues, ante la diversidad de puntos de vista adoptados para definir tales fundamentos del *solve et repete*, no encuentro un único criterio lógico que pudiera servir para aglutinarlos.

a) Desde el punto de vista, con preferencia, del Derecho material administrativo, se ha dicho que el fundamento del requisito del previo pago podría verse, o bien en una *presunción (genérica) de legitimidad de los actos administrativos*, o bien, más concretamente, en el *principio de ejecutividad* de dichos actos.

A este fundamento han acudido, aunque no, necesariamente, para justificar la regla, autores como BORSI (11) o MORTARA (12), al examinar la presunción antedicha, pero sin contemplar de modo específico el requisito del previo pago. También, como luego veremos, se advierten reflejos de esta posición en la doctrina del Consejo de Estado español.

b) Adoptando una posición iusprocesalista, se ha calificado al *solve et repete*, ya de *presupuesto procesal*, ya de *excepción*, ya de *obstáculo* al libre ejercicio del derecho a recurrir.

De modo objetivo, CHIOVENDA lo califica de “excepción” (13) y A. D. GIANNINI de “presupuesto procesal (objetivo)”, aunque llamando este último la atención sobre el carácter de “obstáculo” que tiene tal regla (14). Según se verá más adelante, ha sido éste el aspecto que ha contemplado con preferencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

c) Para quienes prefieren ver las cosas desde la perspectiva fiscal, el *solve et repete* aparece o como un *privilegio o beneficio de la Hacienda*, o —dicho de modo más neutro— como un *medio de tutela de los créditos fiscales*.

De “privilegio o beneficio de la Hacienda”, en sentido peyorativo, hablan, entre otros, CHIOVENDA (15) y UCKMAR (16) en nombre de la Asociación Internacional de Tributaristas Italianos, ZINGALI (17) entre

---

cosa totalmente insustancial si se parte de la base, por lo demás obvia, de que el previo pago no forma parte, ni añade nada a las *instituciones* con las que se relaciona. A ello me referiré en seguida, al tratar de la relación de esta regla con el principio (éste si es tal) de ejecutividad de los actos administrativos.

(11) *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, “Studi Senesi”, XVIII, 123, Torino 1901.

(12) *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

(13) *Istituzioni di Diritto processuale civile*, 2.ª edición, Nápoli, 1935, vol. II, pág. 244.

(14) *Ob. cit.*, pág. 259.

(15) *Ob. y loc. cit.*

(16) Vid. nota 2 y texto al que corresponde.

(17) *Ob. cit.*, pág. 393.

los italianos y GARRIDO FALLA (18) y MENDIZÁBAL (19) en la doctrina patria. SERRANO GUIRADO alude a la “garantía” en favor del Estado” (20). También la jurisprudencia española ha llamado la atención sobre este aspecto concreto del tema.

d) Se ha hablado por ZINGALI de una posible “interpretación política” de la regla, junto a la cual podría colocarse también la *interpretación pragmática* de la misma.

El citado autor resume con estas palabras el contenido de esa interpretación política: “El principio del previo pago se considera únicamente como el medio de que se vale el ente público para realizar puntualmente sus ingresos y para desbaratar la táctica dilatoria de los contribuyentes astutos, dispuestos a perturbar la justicia, con tal de retrasar el pago” (21). El aspecto pragmático lo destaca MENDIZÁBAL, al decir que esta regla “actúa en defensa de los intereses inmediatos de la Administración pública, contemplados con una mirada miope y sin trascendentalismo alguno” (22); y parece estar en la intención, si no tanto en la letra, de GARCÍA-TREVIJANO (23).

e) Por último, podríamos ver aquí, como en tantas otras ocasiones, opiniones *sincréticas*, que unen dos o más de las ya expuestas.

Así puede advertirse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano (24) o en la defensa ante las Cortes españolas del proyecto de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (25).

(18) *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1958, pág. 505.

(19) *Significación actual del principio “solve et repete”*, en esta REVISTA, 43, 1964, página 121.

(20) *El requisito del previo pago en el recurso contencioso-administrativo en materia fiscal*, “Revista de Derecho Financiero”, 5, 1952, pág. 7.

(21) *Ob. cit.*, pág. 391.

(22) *Ob. cit.*, pág. 153.

(23) *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1964, pág. 405.

(24) “El principio *solve et repete* tiene por fin asegurar la pronta exacción del tributo y se justifica, políticamente, por la necesidad de dar puntual cumplimiento a las obligaciones tributarias y, jurídicamente, por razón de la ejecutoriedad del acto administrativo.” (Sentencia de 13 de marzo de 1941.)

(25) Discurso del presidente de la Comisión, S. ROYO-VILLANOVA, donde se unen, para justificar el precepto, presunción de legitimidad, ejecutoriedad de los actos administrativos y defensa de los intereses del Tesoro (citado por C. MARTÍN-RETORTILLO, *El previo pago como requisito para recurrir en la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo*, “Revista de Derecho Procesal”, 1959).

## 2. Crítica.

De los fundamentos que hemos visto, ya se advertirá que la pretensión justificadora propiamente dicha sólo se da en los incluidos en los apartados a), c), d) y e), puesto que el b) se refiere, más bien, a “calificaciones”, desde la perspectiva procesal, cuya justificación cae fuera de ellas mismas. Por otro lado, si se observan los restantes apartados, puede comprenderse que, en definitiva, las posibles justificaciones del *solve et repete* se reducen a dos: o a la *jurídica* [que se contiene en el apartado a)], o a la *política* [que se expone en el apartado d), pero que, en resumen, subyace también en la posición “fiscalista” recogida en el c)] (26). Veamos muy brevemente la crítica que se ha hecho o quepa hacer a tales pretendidas justificaciones o fundamentos.

### a) A la fundamentación jurídica.

La crítica al intento de fundamentar el previo pago en la presunción genérica de legitimidad de los actos administrativos o, en particular, en el principio de ejecutividad de los mismos, ha sido hecha por numerosa doctrina, distinguiendo radicalmente uno y otra, con lo que, claro está, se rompe cualquier pretensión justificadora entre ambos. “Lo que este último (27) postula —dice GARRIDO FALLA— es sencillamente la no suspensión del acto administrativo que liquide el crédito ni, por tanto, la suspensión del oportuno procedimiento de apremio que se iniciase para hacerlo efectivo, aunque el particular utilice los recursos procedentes. Añadir a esto la necesidad del previo pago únicamente puede interpretarse como una regla de carácter procedimental o procesal, que limita la posibilidad de recurrir, significando un injustificado privilegio administrativo” (28). “La presunción de legitimidad —añade MENDIZÁBAL— constituye, eso sí, su perímetro o fundamento negativo, puesto que resultaría

(26) Por lo que hace al apartado e), último que resta, su carácter sincrético le hace participar de las dos clases de justificaciones a que en el texto me refiero.

(27) Se refiere al “principio de ejecutoriedad”, aunque, a mi juicio, sería mejor hablar aquí de “ejecutividad”.

(28) *Ob. y loc. cit.* y también en: *La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo*, en esta REVISTA, 26, 1958, pág. 219.

De forma similar o parecida se expresan, entre otros, en la doctrina extranjera, GIANNINI (*ob. cit.*, pág. 258) y JARACH (*ob. cit.*, pág. 54), y en la nacional, CLAVERO (*El problema del previo pago en la reciente jurisprudencia*, en esta REVISTA, 41, 1963, páginas 172-173, donde llama, además, la atención acerca de la incompatibilidad de hecho entre previo pago y apremio), GARCÍA-TREVIJANO (*ob. y loc. cit.*, donde distingue ambos aspectos, aunque valora ciertas ventajas de la regla) y PERULLES (*Manual de Derecho fiscal*, “Parte general”, Barcelona, 1961, pág. 477).

inconcebible e inicuo el exigir el previo pago... si no se partiera de tal apariencia de legalidad" (29).

b) *A la fundamentación política.*

La menor importancia teórica e incluso práctica del argumento político en favor del *solve et repete* explica por qué no se ha hecho y, en realidad, por qué no era necesaria una crítica explícita de ese argumento. Que al Estado le conviene que su actividad no se detenga, a pesar de los ardidés de sus deudores, es cosa que nadie niega, sólo que ocurre que en nuestros días existen otros procedimientos tan eficaces y más justos para lograr tal deseo. En cambio, los argumentos de Derecho constitucional que han llevado, por ejemplo, al Tribunal *ad hoc* italiano a la repulsa de esta regla (30) pueden servir, indirectamente, para rebatir, en su mismo plano, la pretendida justificación política del previo pago.

### III

#### EL PREVIO PAGO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Según ya quedó indicado, nuestro Derecho conoce la regla *solve et repete*. Ello ocurre desde hace más de un siglo, aunque, no obstante, la evolución en la recepción de esta regla dista mucho de ser uniforme e incluso racional. Una ojeada a los distintos campos en los que se advierte, aún hoy, dicha regla nos revelará el verdadero estado de la cuestión en nuestros días y nos permitirá, pasando del diagnóstico al pronóstico, aurrar el futuro de la misma.

1. *El previo pago en la esfera fiscal.*

Aunque el *solve et repete* se ha solido configurar como una exigencia pura o, siquiera, primordialmente fiscal, es lo cierto que su evolución en este ramo no es ni la más brillante ni tampoco la más duradera.

Es cierto, sí, que la regla aparece en la primera *Ley de Administración y Contabilidad*, la de 20 de febrero de 1850 (artículo 8), que es una ley "substantiva y extraprocesal" (31), aunque sorprende advertir que no se contiene en el *Real Decreto de 21 de mayo de 1853*, que reguló el recurso contencioso-administrativo en materias de Hacienda. Luego, la *Ley de Administración y Contabilidad de 25 de junio de 1870* reprodujo la

(29) *Ob. cit.*, pág. 151.

(30) Vid. nota 8 y texto correspondiente.

(31) MENDIZÁBAL, *ob. cit.*, pág. 111.

regla (artículo 9), si bien con la nueva Ley, hoy vigente, de 1 de julio de 1911, aquélla desaparece, sustituyéndose por la consagración del principio de ejecutividad (artículo 7).

Si de las disposiciones generales sobre la Administración financiera pasamos a las que han ordenado el llamado procedimiento económico-administrativo, vemos que la regla se formula en la *Ley de Bases de 24 de octubre de 1881*, aunque sólo con relación a las alzadas y no en la primera instancia (Base 9), y así pasa a la *Ley de 24 de junio de 1885* (artículos 37 y 85). Empero, el requisito del previo pago desaparece con el *Reglamento de 13 de octubre de 1903*, lo que no se alterará ni con el de 29 de julio de 1924, ni con el hoy vigente, de 26 de noviembre de 1959.

Por último y a este respecto, no estará de más tener en cuenta que la regla tampoco se recoge en la *Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963* (32).

## 2. *El previo pago en la esfera contencioso-administrativa.*

Es en esta esfera donde la regla del previo pago ha tenido y conserva una más larga vigencia. Su aparición data de la *Ley de Bases de 13 de septiembre de 1888* y su texto articulado por *Real Decreto de 22 de junio de 1894* (artículo 6), recogiendo en el *Reglamento* de igual fecha (artículo 262). El requisito se mantiene en el texto refundido por *Decreto de 8 de febrero de 1952* (artículo 6) (33), que ha sido sustituido por la vigente *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, de 27 de diciembre de 1956, cuyo artículo 57,2 e) se refiere al requisito del previo pago en los términos que en seguida veremos.

## 3. *El previo pago en la esfera administrativa general.*

Ante el reenvío que, como veremos, se opera en la vigente Ley contenciosa, alguna legislación especial, posterior a ella, ha incorporado el requisito del previo pago, mas esto, por el momento —y es de esperar que las cosas continúen así—, ha ocurrido en muy pocas materias; concretamente en montes (*Ley de Montes de 8 de junio de 1957*, artículo 87,2 y *Reglamento de 22 de febrero de 1962*, artículo 457,1) y aguas (*Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces*, de 14 de noviembre de 1958, artículo 43,3).

(32) MENDIZÁBAL lamenta el que no se aprovechara esta ley para derogar, de una vez por todas, el *solvo et repete* (*ob. cit.*, pág. 157).

(33) Se aprovechó este texto, no obstante, para añadir, al final, "o de las Corporaciones locales", para deshacer un equívoco que había surgido con relación a la Caja pública en la que había de realizarse el previo pago.

#### 4. *El previo pago en la esfera local.*

En esta esfera, última de las que consideraremos, el requisito del previo pago ha seguido un curso fluctuante y, en ocasiones, nada definido. La regla *solve et repete* surge en la *Ley Municipal de 2 de octubre de 1877* y en la *Ley Provincial de 29 de agosto de 1882*, que son aclaradas, en cuanto a este extremo, por *Real Orden de 25 de mayo de 1883* (34). Sin embargo, el previo pago desaparece ya en el *Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924* (35) y en el *Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925* (36), si bien estas disposiciones ocasionaron numerosas dudas al fundirse con la legislación de la segunda república y con la posterior a la guerra civil (37).

Después de nuestra guerra, el *Decreto de Ordenación Provisional de las Haciendas Locales, de 25 de enero de 1946*, declara, de modo positivo, la no exigencia del previo pago (artículo 273,4) (38), que repetirá el *texto articulado de la Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950* (artículo 699,4) y el *Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 17 de mayo de 1952*, aunque éste último con la importante particularidad de suprimir el requisito, incluso, para la *vía judicial* (artículo 323). Esta extensión a la

---

(34) Téngase en cuenta, además, que era supletoria de éstas la Ley de Administración y Contabilidad de 25 de junio de 1870 (art. 132, 1, de la Ley Municipal y artículo 108, 1, de la Provincial).

(35) La disposición es importante, por cuanto que *declara* expresamente la supresión del requisito, siendo ello “también aplicable a las reclamaciones que se entablen contra los acuerdos del Tribunal” (se refiere al Provincial de Arbitrios) (art. 327, 3).

(36) El artículo 215, 2, de éste sigue al ya citado (*nota anterior*) del Estatuto Municipal, aunque es aún más tajante en su expresión, al decir que el previo pago no se requerirá “en ningún caso”.

(37) Como consecuencia de la revisión de la obra legislativa de la Dictadura (Decretos de 15 de abril y 16 de junio de 1931, ratificado este último por Ley de 15 de septiembre del mismo año, por lo que aquí interesa), la *Circular de la Fiscalía General de la República de 19 de julio de 1933* consideró derogado, entre otros, el artículo 8 del *Reglamento de Procedimiento en Materia Municipal, de 23 de agosto de 1924*, mandando atenerse aquí al artículo 6 de la Ley Contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894. En cambio, la *Ley Municipal de 31 de octubre de 1935* consideró provisionalmente vigente todo el citado Reglamento (Disposición Transitoria 10.<sup>a</sup>). En esta última disposición se ha basado alguna jurisprudencia posterior a la guerra para crear vigente el citado artículo 8 del Reglamento de 1924 (Ss. de 14 de noviembre de 1947 y 18 de octubre de 1951, entre otras), si bien otra adopta la posición contraria, ante el silencio que guardaba al respecto el *Decreto de Ordenación Provisional de las Haciendas Locales, de 25 de enero de 1946* (S. de 18 de noviembre de 1954).

(38) Aunque, como se dice en la *nota anterior*, guarda silencio a propósito de la vía contenciosa, por lo que la jurisprudencia exigió, en general, el requisito en esta vía, en base a la Ley Contencioso-administrativa.

vía jurisdiccional desaparece, no obstante, del vigente *texto refundido de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955* (artículo 727,4).

#### IV

##### LA DOCTRINA LEGAL DE LA REGLA "SOLVE ET REPETE"

En nuestros días, el requisito del previo pago viene establecido, con carácter peculiar y general, por el artículo 57,2, e), de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956*, cuyo tenor es el siguiente :

«Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará :

“e) El documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro Público o de las Corporaciones Locales, en los asuntos sobre contribuciones, impuestos, arbitrios, multas y demás rentas públicas y créditos definitivamente liquidados a favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las leyes, excepto en el supuesto previsto en el artículo 132,2, y cuando el pago se hubiere hecho durante el curso del procedimiento administrativo y en él constare el documento que los justifique, en cuyo caso se manifestará así en el escrito de interposición” (39).»

Veamos cuáles son las posturas básicas que ha adoptado la jurisdicción para la interpretación de este precepto legal (40) :

1) Junto a la invocación, más o menos incidental, del “privilegio” a propósito del *solve et repete*, nuestra jurisprudencia ha calificado a esta exigencia como un *requisito esencial, inexcusable, imprescindible* .

---

(39) Como no es posible detenerse en ello, por interesante que parezca, me limito a recordar que el proyecto de ley prevaleció, a pesar de las enmiendas presentadas en pro de la desaparición de este requisito. En cuanto al origen del precepto, la interesante Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 31 de mayo de 1963 (comentada por CLAVERO, *art. cit.*) declara que en la nueva ley no existe ningún precepto similar al artículo 6 de la Ley de 1894, ya que el requisito de aquélla no proviene de ésta, sino del artículo 262 del Reglamento del mismo año.

(40) Como muchas de las cuestiones se plantearon ya antes de la ley de 1956, me referiré también a la jurisprudencia anterior a ésta. Sin embargo, el examen se centrará en la jurisprudencia posterior. Para la anterior, puede consultarse, sobre todo, el trabajo de SERRANO GUIRADO ya citado.

para recurrir. (41). En otras ocasiones no ha dudado, incluso, en hablar de *obstáculo al libre acceso de los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa* (42).

2) En congruencia con lo anterior, unánime doctrina legal ha reiterado que esta regla debe ser objeto de *interpretación restrictiva* (43).

3) Con anterioridad a la Ley de 1956, la jurisprudencia se había extendido, con todo detalle, en la mención de los *casos concretos* en que procedía aplicar la regla, ante la escueta dicción legal (44). Ante la configuración que el requisito del previo pago recibe en dicha Ley, se ha abierto una ligera divergencia, al menos de principio, entre las Salas 3 y 4 de nuestro Tribunal Supremo (45). En tanto que la primera de ellas (que es a la que, con arreglo a la O. M. de 6 de septiembre de 1957, se atribuyen, en general, las cuestiones fiscales) sigue considerando que la regla tiene *carácter general* (46), la segunda se ha mostrado más sensible al cambio legal operado, estimando que el previo pago ya no deriva de la Ley jurisdiccional, sino que será exigible *sólo* cuando así proceda con arreglo a *otras leyes* (47).

4) Por referirnos a un último extremo, en el que la reciente jurisprudencia ha marcado una evolución importante, digamos que, frente a la jurisprudencia anterior a 1956 (48), que no admitía sino el *pago* en sentido estricto como forma de dar cumplimiento a este requisito (49),

(41) Entre otras muchas, sentencias de 24 de febrero y 14 de octubre de 1944, 15 de marzo de 1949, 2 de febrero de 1950 y 5 de marzo de 1951.

(42) Vid. así la sentencia de 7 de abril de 1962.

(43) En ello, como observa MENDIZÁBAL (*ob. cit.*, pág. 126), existe unidad entre las Salas 3 y 4 del Tribunal Supremo.

Por lo demás, la jurisprudencia anterior a 1956 (que puede consultarse en especial, como ya se ha dicho, en el trabajo de SERRANO GUIRADO) había ya definido terminantemente esta cuestión. Con posterioridad, señalemos la sentencia de 7 de abril de 1962 (Sala 3), ya citada, que invoca a este respecto el *principio pro actione*.

(44) En los trabajos, reiteradamente aludidos, de SERRANO GUIRADO y MENDIZÁBAL puede consultarse esta prolija doctrina.

(45) Así lo señala CLAVERO, *ob. cit.*, pág. 169.

(46) Sentencias de 16 de marzo y 23 de mayo de 1962...; más atenuadas las de 4 de junio y 5 de octubre del mismo año.

(47) Sentencias de 24 y 31 de octubre de 1961...

(48) O incluso frente a la que sigue, de inmediato, a ese mismo año...

(49) La doctrina legal es constante y sólo se atenúa por el establecimiento de una presunción *iuris tantum* en favor del pago (Sentencia de 24 de noviembre de 1911). Sin embargo, el Reglamento de Procedimiento en Materia Municipal, de 23 de agosto de 1924, hablaba ya de "previa consignación", especificando que "*la consignación se hará a título y en concepto de depósito*" (art. 8).

aquella admite ya, como formas equivalentes o suficientes de pago, la *consignación* y el *depósito* (50).

V

EL "SOLVE ET REPETE" Y LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA

En la doctrina científica es prácticamente unánime la repulsa de la regla del previo pago. La española no es una excepción a este respecto. Aunque C. MARTÍN-RETORTILLO crea que el precepto es imposible de interpretar por falta de sentido (51) y PERA VERDAGUER opine que la exigencia se refiere al recurso y no al previo pago (52), la inmensa mayoría de nuestros autores se pronuncia, clara y decididamente, en contra del precepto.

Sin perjuicio de la repulsa, expresa o tácita, que se manifiesta al enjuiciar el pretendido *fundamento* de la regla (53), creo que se pueden reducir a tres las bases de dicha actitud crítica: dos de ellas parten del Derecho establecido (*de iure condito*), en tanto que la tercera constituye una conclusión extrapositiva que, eventualmente, puede ser también *de iure condendo*. Veámoslas:

1) En primer término, la doctrina científica combate la pretendida *generalidad* de la regla, teniendo en cuenta el carácter mismo del pre-

---

(50) También aquí se acusan, aún, diferencias entre una y otra Salas del Tribunal Supremo. La 3 se muestra más conservadora y, en general, exige la *solutio* propiamente dicha (Sentencias de 16 de marzo, 20 de mayo y 19 de diciembre de 1962...), aunque, en ocasiones, ha admitido la consignación (Sentencias de 8 de julio de 1959 y 13 de mayo de 1963). La 4, en cambio, reconoce que la consignación y el depósito equivalen al pago a estos efectos (Sentencias de 4 de junio, 5 de octubre y 27 de diciembre de 1962, 24 de enero, 20 de febrero, 8 de marzo y 22 de mayo de 1963...). En la Sentencia de 26 de noviembre de 1962, esta última Sala hizo, al respecto, un notable razonamiento, que GARCÍA DE ENTERRÍA ha comentado elogiosamente (*El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en esta REVISTA, 42, 1963, pág. 269).

Sorprendentemente, la Sentencia de la Sala 3 de 21 de junio de 1963 requirió a la parte a prestar *fiianza* para dar cumplimiento al requisito del previo pago.

(51) *Ob. cit.*, pág. 44.

(52) *Comentarios a la ley de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956*, Barcelona, 1962, pág. 214. A esta opinión ha objetado MENDIZÁBAL: "la sintaxis también tiene sus límites" (*ob. cit.*, pág. 119).

(53) Cfr. apartado II de este trabajo.

cepto específico de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Así, por ejemplo, CLAVERO (54) y PERULIES (55).

2) A ese mismo precepto legal se le califica de *norma en blanco*, o se advierte en él un *reenvío no recepticio* a otros preceptos de índole legal. Así lo señalan, de modo más expreso, GARCÍA DE ENTERRÍA (56) y GONZÁLEZ PÉREZ (57).

3) En fin, la crítica a esta regla se manifiesta, con carácter más o menos incisivo —según cada autor—, en toda una serie de razonamientos que apoyan la definitiva supresión de aquélla. Estos razonamientos apuntan, o bien a la *perfección* de las actuales *técnicas recaudatorias* (GARCÍA-TREVIJANO [58]), o bien a las exigencias del *principio de igualdad ante la ley* (GARRIDO FALLA [59] y MENDIZÁBAL [60]), o bien, por último, a la necesidad de anteponer el *principio de seguridad jurídica* frente al de eficacia de la recaudación (CLAVERO [61]).

A modo de colofón de esta exposición sintética de pareceres doctrinales, permítaseme transcribir las acervas críticas de dos de los autores ya mencionados. “Desaparecida de la ley jurisdiccional la regla *solve et repete* —escribe uno de ellos, CLAVERO—, carente nuestro Derecho financiero de una formulación general de dicha regla, escasísimos los casos específicos en que viene exigida y limitada la exigencia... a tan singulares casos, puede decirse que la regla será de aplicación infrecuente en nuestro Derecho positivo”, y, refiriéndose a la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 31 de mayo de 1963 (62), añade: “de consolidarse por el Tribunal Supremo la doctrina de la sentencia comentada..., se habría llegado así, por el camino del Derecho positivo, a la misma solución que han llegado otros países que, en aras de la superlegalidad, han prescindido de una regla que puede atentar (contra) el principio de la seguridad jurídica, que es de rango superior al de la eficacia de la recau-

(54) *Ob. cit.*, pág. 173.

(55) *Ob. cit.*, pág. 479.

(56) *Ob. y loc. cit.*

(57) *Derecho procesal administrativo*, vol. II, Madrid, 1957, pág. 524.

Nótese que un reenvío semejante, aunque más general, se da en el artículo 35 de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, texto refundido por Decreto de 26 de julio de 1957.

(58) *Ob. cit.*, pág. 406.

(59) *Ob. y loc. cit.*

(60) *Ob. cit.*, pág. 155.

(61) *Ob. y loc. cit.*

(62) Vid. nota 39.

dación" (63). Por su parte, otro autor, MENDIZÁBAL, alude al *solve et repete*, calificándolo de "residuo histórico, quizá necesario en la época de la Administración de covachuela, anquilosada y vergonzante, sujeta al 'sistema del botín' y, en consecuencia, al turno de los partidos políticos, con un personal de escasa estabilidad en el empleo y deficiente calidad técnica, cuya intención era siempre superior a sus posibilidades efectivas" (64).

## VI

### EL REQUISITO DEL PREVIO PAGO EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL

Hasta fecha relativamente reciente, el Consejo de Estado español no ha tenido ocasión de pronunciarse, al menos en lo que he podido averiguar, acerca de un problema de tanta importancia práctica como es éste de la regla *solve et repete*. Sin embargo, algunos años antes encontramos un dictamen en el que se menciona, de modo incidental, esta regla y —lo que es más importante— apuntando para ella un fundamento que parece distar no poco del planteamiento que luego dará al tema el mismo órgano consultivo. Veamos ambos documentos.

1. *El dictamen número 5.127, de 14 de diciembre de 1949.*

Con ocasión de una consulta sobre la postestad de la Administración para acordar, de modo unilateral, el deslinde de terrenos del Estado, el Consejo de Estado acometió la ardua tarea de definir al que, en este dictamen, se denomina *privilegio de la decisión ejecutoria*, siguiendo la terminología francesa. Una vez definido y caracterizado dicho principio, el dictamen —y esto es lo que aquí nos interesa, en concreto— se refiere al requisito del previo pago en los siguientes términos:

"Positivamente, tal doctrina (65) encuentra cumplida justificación en los textos legales que normalmente la enuncian de modo casuístico, afirmando, por una parte, la ejecutoriedad de los actos administra-

---

(63) *Ob. y loc. cit.*

(64) *Ob. cit.*, pág. 154.

(65) Se refiere a la del "privilegio de la decisión ejecutoria", que acaba de definir.

tivos y, por otra, explicando el alcance de esta ejecutoriedad según el principio *solve et repete*" (66).

El texto transcrito constituye, sin duda, una reflexión marginal al cuerpo del dictamen, pero es interesante glosarlo muy brevemente para advertir que en él no sólo se menciona el "*principio*" *solve et repete*, sino que se le caracteriza, bien que en forma refleja, como una *consecuencia* del "privilegio de la decisión ejecutoria", al que hoy, después de las leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957) (67) y de Procedimiento Administrativo (1958) (68), solemos denominar *principio de ejecutividad* (69).

Ahora bien; como ya tuvimos ocasión de ver, al tratar de los fundamentos del *solve et repete*, esta relación conceptual entre el mismo y el principio de ejecutividad ha sido criticada por numerosos autores (70). Y he aquí que el propio Consejo de Estado, al ocuparse ya, no de modo incidental, sino en forma expresa y concreta, del *solve et repete*, va a cuidarse de matizar esta precisa cuestión.

## 2. El dictamen número 33.097, de 29 de octubre de 1964.

Como ya quedó dicho, en este dictamen se enfrentó el Consejo de Estado con la regla *solve et repete*, constituyendo la interpretación de dicha regla el centro mismo de la consulta. Dada la relación que guarda dicho dictamen con el tema en estudio, pienso que vale la pena exponer con detalle el texto emitido por dicho órgano consultivo. A tal efecto, consideraremos, en forma separada, los tres elementos de que han de constar, nor-

(66) Dictamen citado en el texto. CONSEJO DE ESTADO, *Recopilación de doctrina legal*, 1949-50, Madrid, 1958, pág. 103.

(67) Artículo 33.

(68) Artículos 44 y 101. La declaración de ejecutividad se contenía ya, con esos mismos términos, en la Ley de Régimen Local (art. 361 del texto refundido por Decreto de 24 de junio de 1955) y, aunque utilizando el substantivo "ejecución", en la sección 2 del Capítulo V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

(69) A propósito de la "decisión ejecutoria", advierte GARCÍA DE ENTERRÍA que en el dictamen quedan "perfectamente deslindados los privilegios administrativos de la ejecutoriedad y de la acción de oficio, ordinariamente confundidos en la generalidad de la doctrina" (Apéndice II, "Posesión y Administración", a su trabajo *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, recogido en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, pág. 187). En el trabajo citado, el autor glosa extensamente este dictamen, cuyo núcleo transcribe en el Apéndice II, y no es revelar ningún secreto el advertir la postura personal del autor en el propio dictamen (cfr., especialmente, lo que indica en las págs. 100-101 de la obra).

(70) Vid., *supra*, punto 2, a), del apartado II.

malmente, estos dictámenes: antecedentes de hecho, consideraciones de Derecho y conclusión (71).

Los *antecedentes de hecho* que motivaron la consulta no pueden ser más simples. Una Comisaría de Aguas impone a una determinada persona una multa de 500 pesetas y fija, además, una indemnización de 1.500, como consecuencia de una extracción abusiva de áridos, verificada en el cauce de un río. Al interponer recurso de alzada ante la Dirección General de Obras Hidráulicas, el interesado depositó la cantidad de 500 pesetas, objeto de la multa, pero el centro directivo le exigió asimismo el depósito de las 1.500 correspondientes a indemnización. Recurrida esa resolución en alzada ante el Ministro de Obras Públicas, el caso se somete a consulta, en régimen potestativo, del Consejo de Estado.

La consulta se centraba, como puede advertirse, en la interpretación de un precepto concreto: el artículo 43,3 del *Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces*, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (72). Sin embargo, el Consejo de Estado, en ésta como en tantas otras ocasiones, acude a la exégesis sistemática y así “estima que la interpretación del precepto reglamentario debatido ha de conectarse con el significado general que el requisito del previo pago tiene en nuestro ordenamiento jurídico positivo” (73).

A mi entender, en las *consideraciones de Derecho* que forman el cuerpo de este dictamen cabe distinguir cuatro puntos, que iré comentando al hilo de su misma exposición.

“Sin que sea propósito... examinar a fondo el desarrollo legal del *solve et repete*”, el Consejo comienza, no obstante, exponiendo la *legislación española* acerca del mismo. Así menciona su origen en el “ordenamiento jurídico fiscal (artículo 8 de la Ley de Contabilidad de 20 de febrero de 1850, de donde pasa al artículo 9 de su homónima de 1870)”, de donde —dice— se trasladó “al campo contencioso-administrativo con la Ley ju-

(71) Artículo 148, 1, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1945.

(72) Este precepto, al que se hizo ya mención al hablar de las manifestaciones del *solve et repete* en la esfera administrativa (punto 3 del apartado III), dice textualmente: “Para tramitar cualquier escrito de alzada será requisito indispensable presentar justificante de haberse depositado el importe total de las sanciones impuestas en la Caja General de Depósitos. Los depósitos se consignarán a disposición de la Jefatura, a results del recurso”.

(73) Las citas textuales de este dictamen, al que por su modernidad, no ha alcanzado aún la *Recopilación de doctrina legal* que publica el propio Consejo, proceden de la copia del dictamen original, que el artículo 126 del Reglamento Orgánico de dicho cuerpo consultivo ordena se guarde en el archivo del mismo.

risdiccional de 13 de septiembre de 1888". De esta evolución se da cuenta, más detenida, en el presente trabajo.

Acto seguido, el Consejo observa que "dentro de la esfera administrativa este principio fue objeto de recepción puramente casuística y muy relativa", con lo que emite un juicio de valor que, personalmente, me parece enteramente conforme a la realidad de los hechos. "No obstante —continúa el dictamen—, una *posición defensiva y de desconfianza hacia el administrado* logró durante algún tiempo ampliar la esfera material de aplicación de la regla, especialmente al terreno de las sanciones administrativas" (74). El Consejo apunta aquí ciertos reparos de principio hacia el previo pago: el "nudo" de la cuestión comienza a formarse.

Dentro de las consideraciones dedicadas al Derecho legislado, anota, en fin, el Consejo "que esa regla *carece de acogida en los textos legales generales*", "no sólo en la esfera administrativa (Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958), sino también en la contencioso-administrativa, donde, del principio general sentado en el artículo 6 de la Ley de 1888, se ha pasado a la fórmula de simple reenvío del artículo 57,2, e) de la vigente Ley ordenadora de esta jurisdicción; y aún sorprenderá más advertir que la regla '*solve et repete*' está igualmente ausente de la reciente *Ley General Tributaria*, de 28 de diciembre de 1963". Con ello, esta doctrina suscribe también la ausencia de generalidad del precepto en nuestro actual Derecho positivo, tal y como lo había notado nuestra propia doctrina científica (75).

A continuación de la legislación, el dictamen alude brevemente a la *jurisprudencia* sobre el tema, de la que se limita a decir que impulsa esa "franca recesión del requisito del previo pago que se observa en nuestro Derecho legislado", "partiendo de la inteligencia de que esa regla tiene el carácter de privilegio de la Administración". Y, a guisa de ejemplo, para dar muestras de la *interpretación restrictiva* de la regla, cita aquí el Consejo de Estado una sentencia moderna, la de 7 de abril de 1962 (76), y un auto antiguo, el de 7 de noviembre de 1907.

El tercer extremo a que se contrae el cuerpo del dictamen que comentamos se refiere ya, de modo específico, a la interpretación del precepto debatido, a la luz de las consideraciones precedentes. Comienza aquí el

---

(74) Y cita aquí el precepto a que se refiere la consulta, así como el artículo 87. 2, de la Ley de Montes, al que también me he referido ya.

Es claro que los subrayados del dictamen son míos. Con ellos deseo llamar la atención sobre los juicios de valor en los que se perfila la doctrina del Consejo en esta materia.

(75) Vid., *supra*, apartado V.

(76) Por su indudable interés, me he referido ya antes a esta sentencia (cfr. notas 42 y 43).

dictamen sentando dos premisas: el carácter del precepto, “que constituye un *privilegio* para la Administración y una *carga* para el recurrente” y la *falta de generalidad* del mismo, en concreto “dentro del procedimiento administrativo”. A la luz de estas premisas, el Consejo obtiene las consecuencias que vendrán a constituir, en esencia, la conclusión del propio dictamen; a saber: primera, que la interpretación restrictiva de este privilegio “lleva... a pronunciarse *en contra de la necesidad del previo pago de cualquier otra cantidad debida a la Administración y que no lo sea por el concepto de multa*” y, segunda, que esa misma restricción en la exégesis obliga a que “este concepto de multa... (deba) ser entendido *en su sentido más riguroso*, en el que, claro es, no pueden incluirse en modo alguno las indemnizaciones por daños, cuyo título jurídico en nada hace relación a la potestad sancionadora de la Administración, puesto que dimana directamente del principio general de la responsabilidad extracontractual, consagrado por el artículo 1.902 del Código civil” (77).

El texto transcrito contiene la sustancia del dictamen. Situada la cuestión, como el propio Consejo dirá, “en sus propios términos, tanto históricos como sistemáticos”, la *conclusión* del dictamen es favorable a la pretensión del recurrente, por cuanto se estima no ser necesario “proceder además (del de la multa) al previo depósito de la cantidad fijada en concepto de indemnización de daños y perjuicios”. La doctrina, como puede apreciarse, coincide en un todo con la expuesta a lo largo de este trabajo, y únicamente apunto la posibilidad de que el enfoque de la consulta se hubiera hecho partiendo de la posible ilegalidad del precepto debatido, puesto que éste tiene carácter reglamentario y no se halla provisto de la cobertura legal, que en este caso le era necesaria (78).

En cuarto y último orden, al margen de la conclusión propiamente dicha, el dictamen rechaza, de pasada, la supuesta “relación entre el requisito del previo pago y el *principio de ejecutividad de los actos administrativos*” (79), por entender “que esa relación *es puramente formal y accidental*; es decir, que establecida la regla *solve et repete*, puede verse en ella, aparte de más inmediatas razones pragmáticas (80), una cierta con-

---

(77) El dictamen hace, además, notar que esa solución recoge la ya apuntada por la jurisprudencia en sentencia de 8 de marzo de 1961, que se refirió a un caso bastante similar, a propósito de la aplicación del artículo 87, 2, de la Ley de Montes.

(78) Pues, aunque carezcamos de declaración legal (de rango fundamental u ordinario) al efecto, suele entenderse que compete al poder legislativo y no al ejecutivo la adopción de medidas que limiten derechos subjetivos.

(79) Ello se hace por una razón de congruencia, puesto que tal relación había sido defendida, en su resolución, por la Dirección General de Obras Hidráulicas.

(80) Parecen aquí reflejarse las posiciones *política y pragmática*, que vimos al tratar de los fundamentos de esta regla (*supra*, número 1 del apartado II).

secuencia del principio de ejecutividad, *pero sin que éste exija necesariamente para su efectividad el cumplimiento de dicha regla*". A renglón seguido, el dictamen razona esta afirmación: "Y ello, principalmente, porque regla y principio contemplan momentos muy diferentes en el transcurso del procedimiento: en tanto que éste mira al indetenible cumplimiento de los actos administrativos por la presunción de legalidad que les asiste, *aquella se limita a asegurar el cobro de los créditos a favor del Estado*, imponiendo la carga del previo abono al administrado que pretende recurrir. Pero... es perfectamente concebible, desde un punto de vista dogmático, que el principio de ejecutividad desarrolle toda su esencial misión tutelar de la acción administrativa sin necesidad de imponer y, menos aún, *generalizar el requisito del previo pago*".



# JURISPRUDENCIA

