

A PROPÓSITO DEL SOLVE ET REPETE Y LA NECESIDAD DE LIMITARLO PRIMERA PARTE: ANALISIS GENERAL DEL INSTITUTO FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Por José Pusterla¹

I. Introducción

Dentro de las diferentes exigencias para habilitar el control judicial de las decisiones administrativas, en este trabajo analizaremos el requisito de pago previo o *solve et repete*, exigido sistemáticamente por la gran mayoría de leyes tributarias, previsionales y de policía administrativa en general, así como por los códigos procesales administrativos, como presupuesto de admisibilidad de la demanda administrativa. En esta primera oportunidad, se confrontará genéricamente el instituto con la garantía de la tutela judicial efectiva, para luego -en una segunda entrega- puntualizar su examen en relación a las multas.

Este asunto ha sido tratado por muchos doctrinarios, tanto en nuestro derecho nacional como en el extranjero. En el caso de nuestro derecho, el abordaje doctrinario y las decisiones jurisdiccionales acerca de la procedencia del pago previo como requisito de acceso a la jurisdicción ha tenido un marcado incremento a partir de la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y los derechos en ellos reconocidos.

II. El *solve et repete* como instituto jurídico. Su finalidad

El requisito del *solve et repete* consiste en la exigencia a los justiciables de "pagar y luego repetir". Es una carga cuyo incumplimiento torna inadmisibles la posibilidad de controvertir por la vía procesal administrativa los tributos y por ello constituye una regla de carácter procesal que, por su esencia y origen, importa una concesión especial a favor del Estado como demandado. Es, en suma, una obligación impuesta al demandante que asume el carácter de una carga legal habilitante del acceso a la jurisdicción procesal administrativa.²

La gran mayoría de los autores, en posición que comparto, opinan que la finalidad de *solve et repete* es política, y consiste en impedir que se obstaculice la recaudación estatal, obligando al contribuyente al pago e impidiendo de ese modo la dilatación en la percepción de los tributos. Así, Giuliani Fonrouge ve en este dispositivo una institución autónoma del derecho financiero con finalidad protectora de las finanzas públicas, por lo que según esta opinión, estamos frente a "un privilegio estatal con fines de orden práctico".³

Se trata, a mi criterio, de un instituto creado en favor del Estado con el propósito de desalentar la promoción de acciones infundadas o temerarias de los obligados al pago para garantizar de ese modo el ingreso regular de los tributos en las arcas estatales.

En definitiva, el recaudo que estudiamos involucra un privilegio creado a favor del Estado con fines estrictamente recaudatorios, que tiende a desalentar demandas infundadas en su contra para demorar el pago de obligaciones tributarias. La loable finalidad del legislador consiste en priorizar el interés general asociado a la recaudación tributaria, en beneficio de la comunidad toda.

III. La tutela judicial efectiva y el *solve et repete*

Ahora bien, muchos autores, tanto en nuestro ámbito como en el extranjero, así como algunos tribunales, han considerado que el requisito del pago previo de la obligación a discutirse resulta inconstitucional, por oponerse al derecho a la tutela judicial efectiva o, mejor dicho, al derecho al acceso a la justicia, reconocido por nuestra Constitución.⁴

En este sentido, ha dicho García de Enterría que "Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta hoy, pero es un hecho que así es..." y agrega que "Tras la Constitución, la jurisprudencia más lúcida ha estimado derogadas por la Constitución todas las exigencias de

¹Docente de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

² HUTCHINSON, Tomás, "El *Solve et Repete* en la Argentina (con especial referencia al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)", en "Revista de Derecho Público. Proceso Administrativo II", Rubinzal y Culzoni, Argentina, pág. 380 y ss. CHRISTENSEN, Eduardo A., "El *solve et repete*". - *Incidencia de la reforma constitucional*", LA LEY, 1996-B, 1189

³ GIULIANI FONROUGE, Carlos M. "Acerca del *solve et repete*", LA LEY, 83-616/24.

⁴Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 inc. 1° y 25; art. 18 de la Constitución Nacional y 17, en virtud del cual ningún habitante puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley.

previo pago como requisito de admisión de los recursos administrativos o contencioso-administrativos establecidos en normas preconstitucionales”.⁵

Para no abundar en las distintas opiniones -todas ellas en el sentido de considerar inconstitucional de plano el requisito del pago previo- diremos que son muchos los autores que consideran írrito este instituto y que no conciben su subsistencia estando vigente la garantía que mencioné anteriormente. Entre esos autores, se pueden mencionar, por ejemplo, a Lavié Pico,⁶ Gordillo,⁷ Liz,⁸ Christensen,⁹ entre muchos otros.

Con una visión distinta a la de la mayoría de la doctrina, la Corte Suprema se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del instituto.¹⁰ Para el Alto Tribunal, las leyes que establecen la obligación de depositar el importe de la deuda determinada como requisito previo de la procedencia de la recurso ante la justicia, no resultan violatorias del art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras el apelante no alegue la imposibilidad, debido al excesivo monto del depósito, de interponer la acción correspondiente y con ello una privación real y efectiva al ejercicio de su derecho.

Como vemos, la Corte acepta en términos generales la validez constitucional del *solve et repete*, analizando en el caso concreto la razonabilidad de su imposición y determinando luego si respecto del quejoso se lesiona el derecho de acceso a la justicia. Para ello, el particular deberá alegar y probar con éxito la única excepción que el Tribunal admite para considerarlo no aplicable al caso, esto es, la existencia de una situación patrimonial de carencia comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, que derive en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio.

Se percibe en los pronunciamientos de la Corte un objetivo esencialmente idéntico al que inspira las normas que establecen el requisito del pago previo; esto es, la necesidad de que el Estado pueda recaudar sus tributos, con la esencial finalidad de sostenerse a sí mismo, sin que un inescrupuloso particular pueda obstaculizar la recaudación con el simple recurso de la discusión judicial del tributo en cuestión.

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte denota un afán de cuidar ese equilibrio que debe existir entre el ingreso oportuno de los legítimos recursos del Estado y las garantías de los contribuyentes en un Estado de derecho. Es por ello que, cuando el pago previo se convierte en el caso concreto en un obstáculo para el acceso a la justicia, éste debe ser dejado de lado.

Aparece como *prima facie* razonable la posición del Alto Tribunal en lo que hace al requisito en análisis cuando del cobro de deudas tributarias se trata. En efecto, parece encontrarse dentro de sus justos límites el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el mismo es limitado por ley, exigiéndose el pago previo del tributo que se pretende discutir judicialmente. Ello así, pues el interés de la comunidad toda entra en juego cuando hablamos de las arcas estatales, y sabido es que los procesos judiciales pueden durar varios años, así como que ciertas determinaciones impositivas discutidas en sede judicial consisten en cifras multimillonarias adeudadas por corporaciones multinacionales con patrimonios incluso más abultados que los PBI de Estados pequeños.

Creo, sin embargo, que por imperio del principio *in dubio pro actione*, las excepciones al requisito en cuestión deben considerarse en forma amplia y no restrictiva, sin que sea necesaria una prueba exhaustiva de la imposibilidad de acceso a la justicia, y bastando sólo la prueba de que, *prima facie*, el requisito en cuestión *dificulta* el acceso a la justicia de quien demanda al Estado. De considerarse restrictivamente la excepción al pago previo se violaría uno de los principios fundamentales del orden jurídico, que deriva a su vez del principio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos.

Es prudente, en definitiva, procurar un equilibrio justo entre las garantías de los particulares y las potestades estatales, lo cual se logra, a mi juicio, con el criterio de la Corte en materia de tributos, y siempre que las excepciones no se interpreten con criterio restrictivo. Diferente solución corresponde, como veremos en la próxima entrega, con la posibilidad de aplicación de este instituto en materia de multas.

⁵GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t. II, p. 202, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

⁶LAVIÉ PICO, Enrique, “Consideraciones generales acerca de la “Exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial”, LA LEY 2001-A, 345. Comentario a Fallo “Frimca S.A. -R.Q.U.- c. Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación”.

⁷GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 2, cap. XIII-48, 3ª edición.

⁸LIZ, Carlos Alberto, “La reforma constitucional de 1994 y la inconstitucionalidad del “solve et repete”, LA LEY, 1996-C, 1379.

⁹CHRISTENSEN, Eduardo, op. cit.

¹⁰In re “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.” (ED, 137-315), fallo del 21/12/89. Se pueden mencionar también, entre otros, “Vaqueros S.A. c. Dirección General Impositiva”, CSJN, DJ 11/04/2007, 926 - IMP 2007-9 (mayo), 1013 20/02/2007 y “Serpecom S.R.L. c. Administración Fed. de Ingresos Públicos” 09/05/2006 DJ 27/09/2006, 255 - IMP 2006-19, 2367, los cuales se limitan a descalificar, vía recurso extraordinario por arbitrario, sin cuestionar en esencia el requisito; “Agropecuaria Ayuí S.A.” 30/06/1999 LA LEY 2000-C, 97; “Centro Diagnóstico de Virus S.R.L. c. Administración Federal de Ingresos Públicos” LA LEY 12/01/2006, 2 - LA LEY 2006-A, 440, 02/08/2005, en este último la Corte, por mayoría, hace aplicación de la excepción al requisito por exorbitancia de la multa.