

Montevideo, 21 de noviembre de 2011

DE: ASESORÍA JURÍDICA

PARA: GERENCIA GENERAL

ASUNTO: CONSIDERACIONES SOBRE INFORME DE DIRECCIÓN GENERAL JURÍDICA DE LA UDELAR DE
FECHA 25/10/2011

A continuación se hace referencia al informe emitido por la Dirección General Jurídica de la Udelar con fecha 25/10/2011, respecto de la posibilidad de que el Fondo de Solidaridad declare la prescripción de oficio.

Luego de reseñar la evolución de los criterios jurisprudenciales y la normativa específica sobre la materia aplicable a otros organismos, el informe concluye que *“En definitiva, no existe norma expresa que habilite al Fondo de Solidaridad a declarar la prescripción de oficio, sin embargo, si aceptamos que la prescripción es un modo de extinción de las obligaciones y que la misma opera por el mero transcurso del tiempo, solicitada administrativamente por el interesado su declaración, y verificados los requisitos establecidos en el artículo 38 del Código Tributario, la Administración Tributaria (o para tributaria en ese caso) debería declararla”* (numeral 19).

En suma, el informe se pronuncia a favor de la práctica que se viene siguiendo en la Institución, esto es, declarar la prescripción una vez la solicita el contribuyente, previa verificación de que se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 38 del Código Tributario.

Corresponde señalar que el informe resulta confuso al referir a la posibilidad de declarar la prescripción *“de oficio a solicitud de parte interesada”*, (numeral 18), lo que de por sí encierra una contradicción, en tanto la declaración de oficio es justamente la que realiza la Administración por su cuenta, sin necesidad de intervención de la parte interesada.

Más allá de esa imprecisión, el informe admite la declaración de prescripción en vía administrativa, sin que sea necesaria su alegación como defensa en juicio ejecutivo, posición que actualmente es

pacíficamente admitida por doctrina y jurisprudencia, por lo que no requiere a mi juicio mayores comentarios.

El tema planteado previamente por esta Asesoría va un paso más allá: no refiere a la posibilidad de declarar la prescripción una vez la solicite el contribuyente – lo que a partir del art. 152 de la Ley 16.713 se considera un deber de todas las administraciones tributarias- , **sino a declararla aún cuando no la solicita el interesado**, es decir, por la sola verificación del transcurso del tiempo previsto en la norma sin que se haya verificado ninguna causal de suspensión ni interrupción.

El informe de la Dirección General Jurídica que se comenta no se pronuncia expresamente sobre el tema, pero al sostener que la declaración de prescripción debe proceder a pedido de parte parecería excluir esta posibilidad, lo que a criterio de esta suscripta contradice lo expresado en cuanto a la naturaleza de la prescripción.

Si admitimos que la prescripción es un modo de extinción de las obligaciones que opera por el mero transcurso del tiempo, debemos admitir que cumplido el plazo de prescripción que establece la ley el tributo se extingue en forma automática, sin necesidad de alegación de ningún tipo.

Esta posición era sostenida por parte de la doctrina tributaria aún antes de la sanción del art. 7 de la Ley 18.788, en referencia al artículo 152 de la Ley 16.713, norma que además de imponer al BPS el deber de declarar la prescripción cuando la solicitara el contribuyente, otorgaba a este organismo la facultad de declararla de oficio.

Al respecto: *“Pero si el obligado no la alega en vía administrativa, consideramos que igualmente la Administración deberá declararla, aún cuando el verbo utilizado por la norma es “podrá declarar”, pues éste no puede interpretarse como un reconocimiento a la discrecionalidad de la Administración ya que la actividad administrativa en esta materia es y debe ser reglada”* (Pérez Novaro, César, Modos de extinción de la obligación tributaria, FCU, Ed. 2005, pág. 142, resaltado propio).

Como fundamento de dicha posición invoca el principio de igualdad ante las cargas públicas, entendiendo que la conformación de dos grupos dentro del universo de los obligados - según se alegue o no la defensa de la prescripción en el procedimiento administrativo- vulneraría dicho principio.

Asimismo, invoca el principio de verdad material, en virtud del cual la Administración debe ajustarse a la realidad de los hechos, prescindiendo de que hayan sido planteados por los interesados.

La posición comentada fue acogida recientemente por el **Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 3er turno, en Sentencia N° 50/2008** ya citada en informe previo, la que se vuelve a transcribir:

“Debemos aplicar las normas del Derecho Tributario, en el cual la prescripción opera “ipso iure”, por lo que no deberá ser invocada, ni alegada por ningún otro mecanismo. La ley establece cuándo se configura el requisito, y producido éste la prescripción opera”

Es de resaltar, además, que la sentencia transcripta condenó al BPS a devolver los importes percibidos en el marco de un convenio de facilidades de pago que incluyó tributos prescriptos, descartando la aplicación de la renuncia a la prescripción, por considerar que producida la prescripción: **“no hay obligación existente...No se puede renunciar a algo que no existe: es una renuncia a la nada ...”**.

Para luego expresar que: **“La Administración no se debe prevalecer de su condición ni de la ignorancia del ciudadano para conservar en sus arcas lo que la ley no autoriza a recaudar”**.

Finalmente, el art. 7 de la Ley 18.788 impone a la D.G.I. el deber de declarar de oficio la prescripción, norma que podría considerarse extensible al resto de las Administraciones Tributarias, de la misma forma que se consideró extensible la norma que obliga al BPS a declarar la prescripción cuando la solicita el interesado.

En suma, en virtud de la posición doctrinaria y jurisprudencial comentada y de los argumentos manejados, esta Asesoría entiende que a pesar de que no exista norma expresa aplicable al Fondo de Solidaridad, el organismo no sólo está habilitado sino que debe declarar la prescripción de los tributos de oficio – sin necesidad de que lo solicite el contribuyente - , siendo ilegítimo el reclamo o la inclusión en convenios de facilidades pago de tributos prescriptos.

Por último, respecto a la forma en que debe materializarse la declaración, es necesario tener en cuenta que el artículo 7 de la Ley 18.788 refiere únicamente a la Dirección General Impositiva – así como el

artículo 152 de la Ley 16.713 refiere únicamente al Banco de Previsión Social. La aplicación de dichas normas a la totalidad de las administraciones tributarias se realiza por considerar que el deber de declarar la prescripción de oficio es un principio general de Derecho Tributario (Sentencia TCA 555/001 transcrita en informe previo) y por considerar a la prescripción como un modo de extinción de las obligaciones con las particularidades antes comentadas.

Por tanto, no es de rigor seguir lo establecido por la primera de las normas citadas en cuanto a la necesidad de que la declaración se realice en "expediente administrativo". Si bien todo acto del organismo (como ser la declaración de prescripción) debería documentarse por escrito y constar en expediente administrativo (art. 27 y sig. Dec. 500/991, aplicable al Fondo como doctrina más recibida o como principio general), a los efectos prácticos pueden manejarse otras alternativas.

En ese sentido, a criterio de esta Asesoría nada impide que se proceda a la eliminación automática del sistema informático de los tributos prescriptos una vez computado el término de cinco años, **siempre que pueda corroborarse que no se ha verificado ninguna causal de interrupción o suspensión**, en tanto dicho proceder será nada más que el efecto de la decisión tomada sobre el punto, se adecua a la legalidad y no hace más que beneficiar al administrado.

Lo importante es que el organismo no realice intimaciones de pago ni determinaciones de deuda de tributos prescriptos, ni incluya tales adeudos en convenios de facilidades de pago, ya que según la posición que se sostiene, el reclamo de tributos prescriptos es ilegítimo y el pago de dichos adeudos por parte del contribuyente habilita la devolución.


Dra. Carolina Torrens
Asesora Jurídica
Fondo de Solidaridad