

LA PRESCRIPCIÓN Y SU RENUNCIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Lic. MANUEL ANGEL CASTRO LOPEZ
Procurador Civil de la República.

I.—LA ADMINISTRACION ANTE LA LEY - EL ESTADO Y LA LEY

Dos son las posiciones de la Administración ante la Ley. Una que sostiene que la Administración no tiene por misión aplicar la Ley, ya que lo único que exige el Estado de Derecho es su respeto; la otra, ubica las atribuciones y facultades administrativas en el ámbito de lo que la Ley encomienda, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente propuesta a la Administración por el legislador.

El desarrollo del Estado actual nos presenta tres fases de sometimiento del Estado al Derecho: a) en una primera fase lo encontramos sometido parcialmente en cuanto a ciertos actos (doctrina del Fisco); b) sumisión total al Derecho común sin especial situación jurídica (rule of law); c) sumisión total de los actos del Estado al Derecho, pero reservándose el Estado una situación de prerrogativa (régimen administrativo).

La doctrina del Fisco divide los actos estatales en actos de carácter privado, sean actos que no se diferencian en nada de los que puede celebrar o realizar un particular, de manera que no hay razón alguna para que no sean sometidos al mismo régimen a que son sometidos los actos particulares, y para que sean llevados a la discusión de los Tribunales, y actos de poder. Todos esos actos estatales de carácter privado son atribuidos a una persona jurídica que es el Fisco, que es la que debe responder de ellos judicialmente. De este modo resulta al Estado dividido en dos naturalezas de actos: actos que trascienden el Derecho y están a su margen, y actos a los cuales les es aplicable el Derecho Civil, siendo el rasgo de distinción el empleo de la fuerza, como propio del acto de poder.

Esta doctrina dio origen a la conocida teoría de la doble personalidad jurídica del Estado, hoy casi totalmente desamparada, ya que fue una elaboración de los juristas de la época de la concepción del Estado-policía. El "rule of law" nació en el siglo XIX y sus implicaciones fundan los tres siguientes principios: 1) la supremacía absoluta del Derecho común, como oposición a la existencia de poderes arbitrarios, de prerrogativas y de facultades discrecionales de las autoridades administrativas y del Gobierno; 2) igualdad de sumisión de todas las clases al Derecho ordinario nacional, administrado por los Tribunales ordinarios; 3) la afirmación de que el Derecho Constitucional inglés no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos del individuo, tal como han sido definidos y aplicados por los Tribunales.

Esta doctrina del "imperio de la ley" pretende demostrar que históricamente ha sido posible una forma de sumisión de los actos del Estado a la ley común (common law) aplicable a las relaciones entre particulares.

La teoría del "régimen administrativo" admite la sumisión del Estado a la ley en cuanto a Poder, pero no es una sumisión a la Ley civil, ya que ésta parte de la igualdad jurídica de aquéllos entre quienes se aplica. Este Poder entra en relación con el particular con un trato de cierto favor ante el ordenamiento jurídico: se presume la legitimidad de los actos por él realizados, prerrogativa que tiene su justificación en la razón de que el Estado tiene por encargo velar por el interés público. La presunción acepta la prueba en contrario, como carga que corre a cargo del particular, de manera que si el acto es efectivamente ilegal la jurisdicción especial se encarga de decretar su nulidad.

Por eso se dice que el Derecho Administrativo es un derecho especial, y también especial ha de ser la jurisdicción para enjuiciar sus actos. El proceso evolutivo del Derecho Administrativo, hasta llegar a nuestros días, con el gran aporte del Consejo de Estado de Francia, nos explica cómo se ha producido ese cambio, con arreglo al cual la Administración sin ser arbitraria no ha caído en los dominios del derecho común, con el resultado de la formación de un sistema de Derecho que se informa en principios propios.

II.—LO JURIDICO, LO ARBITRARIO Y LO DISCRECIONAL

La actual filosofía del Derecho ha aceptado, casi generalmente, como norma de distinción esencial entre mando jurídico y mando arbitrario, la nota de regularidad inviolable, atribuida al primero frente a la irregularidad caprichosa, propia del segundo. Efectivamente, el mismo sentido que late de modo habitual en la palabra arbitrariedad, es el obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo o estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo a virtud de capricho o antojo subjetivo del momento. En cambio, lo jurídico es la conducta según normas o criterios objetivos de una manera regular; y por ende, será un poder o mando jurídico aquel cuyos mandatos o decisiones respondan a normas de validez general para todos los casos análogos; a normas que no pueda violar.

El poder arbitrario se sitúa encima de toda norma, incluso de aquéllas que él mismo hubiese dictado, y por actuar en cada caso particular al impulso de su personal antojo. Es, pues, característico de la norma jurídica el constituir una ordenación regular, estable, que mientras no sea derogada, ata por igual al súbdito y al poder público. El mando arbitrario se considera superior a toda norma, hace prevalecer sobre ella su especial capricho, siempre oscilante y no reductible a criterio fijo.

Claro que no debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho singular e individual del que manda, en cada caso concreto. El poder discrecional está sometido a normas tan inviolables como las reglas del derecho taxativo y predeterminado con generalidad. Lo que ocurre es que en la facultad discrecional el poder no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variedad de los factores en los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe él determinar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, pero debe hacerlo ateniéndose a directrices o criterios generales y objetivos, y por consiguiente ajenos a su libre antojo.

El proceso intelectual de la decisión del funcionario se puede dividir en tres categorías de actos: apreciación de su papel propio; apreciación de la situación de hecho; apreciación de lo que exigen

los hechos. Respecto de la apreciación de su propio papel, el funcionario no tiene propiamente ninguna facultad discrecional, pues en su carácter de órgano del Estado, tiene encomendada la realización de las atribuciones que a éste corresponden, no pudiendo, por lo tanto, desviar el ejercicio de las facultades que se le otorguen como funcionario para satisfacer intereses personales. Por lo que hace a la apreciación de la situación de hecho, debe distinguirse entre la apreciación de la existencia de los hechos, su calificación jurídica y las consecuencias que esos hechos pueden originar. La existencia de los hechos constituye un dato objetivo en que, por lo tanto, no cabe propiamente la discreción. Su calificación jurídica tampoco admite la discreción, pues si se trata de determinar si un hecho especial constituye una falta o un delito, o en general, un acto creador de derechos y obligaciones, tal determinación, una vez admitida la existencia de los hechos, tiene que hacerse en virtud de un proceso lógico de aplicación de la Ley, en el que no debe intervenir la facultad discrecional.

III.—APLICACION DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo se ofrece en una variedad de normas jurídicas (leyes, reglamentos, ordenanzas) de contenido generalmente incompleto, de modo que se hace necesario recurrir a los principios jurídicos reconocidos como ayuda para completar la base jurídica de la actividad administrativa.

Esa supuesta falta de forma normativa, hace de esta rama del Derecho un atractivo, por cuanto en él la averiguación y la aplicación del Derecho tiene que dominar una escala extraordinaria y abundante de posibilidades lógicas que va desde la más estricta ordenación legal hasta los principios jurídicos. Los cambios en el estado social, en las condiciones políticas, sociales y económicas producen un incesante influjo más fuerte sobre este Derecho que cualquier otro, siendo su campo más amplio y más difícil.

Aunque se admita que el Derecho Administrativo en más de una ocasión tenga que valerse del Derecho Civil, es falso que por los defectos de forma normativa haya de necesitar constitutivamente de los auxilios de las otras ramas del Derecho.

Debemos admitir en Derecho Administrativo, del Derecho Civil, únicamente aquellas categorías cuyos rasgos esenciales sean comunes a instituciones de aquel Derecho, y en tal conformidad tenemos a las dos maneras de utilizar el Derecho Administrativo, las normas del Derecho privado: Una consiste en estimar determinadas normas de éste como expresión de una norma jurídica general, y por tanto no limitada al Derecho Civil y válida directamente para el Derecho Administrativo, que en su conjunto constituyen la llamada parte general del Derecho; la otra, es la analogía.

El órgano de la Administración Pública aparece como un sujeto que administra bienes que corresponden a un tercero: la colectividad. Es un administrador impuesto por normas públicas para darle más validez y eficacia a su labor de custodia y tutela de los intereses sociales. La gestión colectiva se crea para asegurar un mayor bienestar colectivo, una equitativa realización del bien común y una oportuna satisfacción. La figura jurídica de la administración como gestor de intereses, confirma el valor que debe tener su labor. El administrador debe hacer una buena administración; la gestión colectiva no se le ha entregado al administrador público para que la realice en la forma deficiente de la empresa particular si tuviese que satisfacer intereses sociales. Esa obligación la realiza poniendo al máximo su experiencia sobre el problema que debe apreciar, el conocimiento recto de la realidad que se ha de investigar, el sentimiento de justicia al evaluar todas las circunstancias que concurren al caso, para poder elegir el acto. Al hacer uso de la actividad discrecional debe hallar el medio oportuno, imponiendo el menor sacrificio a los administrados; la máxima utilidad con el mínimo de sacrificio privado.

La gestión del mandato, la administración de bienes de terceros, dirección de sociedades civiles o comerciales, de tutela o curatela, se desarrollan sobre derechos patrimoniales y no patrimoniales que no pertenecen a los que aparecen como representantes. Hay una custodia o dirección de intereses particulares, de un patrimonio de terceros; son ejecutores de un fin previamente establecido con un amplio margen de apreciación para determinar los actos particulares: tales fines y condiciones se hallan legislados en el Código Civil o de Comercio.

Estas actividades especiales de personas ajenas a la voluntad del dueño de los bienes que indirectamente se benefician de la

gestión, se identifican formalmente con las que llevan a cabo los órganos de la administración pública. Se trata de gestiones previamente determinadas con un fin también previamente establecido, pero de intereses que actúan en campos distintos: en las actividades públicas los intereses son sociales; en los privados, los intereses son particulares. Ambos gestores tienen amplio campo de apreciación, pero la apreciación del representante privado se desenvuelve en un margen libre de intereses privados, mientras que en la administración pública se realiza teniendo en cuenta los intereses públicos. En la discrecionalidad de la administración pública se acentúa un interés público afirmado en los valores de bienestar general.

Los poderes discrecionales del administrador no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales sino por motivos de interés social.

Los órganos de la administración se encuentran en una situación de deber para cumplir el cual el Derecho les atribuye determinados poderes jurídicos, cuyo ejercicio ha de guiarse por el objeto propio del servicio a su cargo, prescindiendo de toda idea extraña que pueda desviar su línea de conducta natural: el fin.—

IV.—AUTONOMIA DE LA ADMINISTRACION FRENTE AL DERECHO CIVIL

No ha de entenderse tajantemente que al Derecho Administrativo no le sean aplicables algunos de los preceptos del Derecho Civil en cuanto a obligaciones pecuniarias en beneficio o en contra del Estado u otra entidad administrativa, pero la peculiaridad que imprime a la relación jurídica la presencia de un sujeto administrativo ha motivado la creación de reglas especiales que deben ser tenidas en cuenta cuando se hace patente tal presencia. Toda esa combinación de reglas y principios especiales propios del Derecho Administrativo constituye la estructura autónoma del Derecho Administrativo de hoy.

Es notoria la tendencia a asimilar las instituciones del Derecho Administrativo a las instituciones del Derecho Civil. La terminología misma de aquél advierte esa influencia, como lo demuestran las expresiones de "dominio público", "dominio directo", "servidumbres públicas", "contratos administrativos", etc.

Pero esa terminología no debe dar origen a confusiones si se tiene un concepto claro de qué es Derecho Público, cosa que no es frecuente en nuestros juristas y jueces, que han sido educados en modo predominante dentro de las nociones del Derecho Civil, notándose la tendencia marcada entre ellos a encajar a como haya lugar las instituciones del Derecho Administrativo en las tradicionales de la legislación civil.

Esa inclinación produce deformaciones que no solamente interesan desde el punto de vista teórico, sino que se traduce en consecuencias perjudiciales, pues tratar de regir la vida del Estado por las normas que rigen las relaciones entre particulares, es subordinarlo al cumplimiento de condiciones que son un obstáculo para la eficaz satisfacción de las necesidades colectivas.

De acuerdo con las opiniones que intentan definir los casos de aplicación del Derecho Civil a la actividad administrativa, se ha querido señalar que quedan sometidas a esa legislación las relaciones pecuniarias del Estado, pero ese criterio se contradice por la realidad, ya que las relaciones pecuniarias estatales adoptan diversas modalidades. Cuando el Estado establece y cobra un impuesto, cuando el Estado expropia, interviene indudablemente en relaciones de orden pecuniario, y a pesar de ello, es bien sabido que las relaciones que surgen en tales casos corresponden esencialmente al Derecho Público.

Por ese motivo no se puede aceptar generalidad del principio, siendo de advertir que precisamente ese criterio es el que ha fundado las mayores confusiones por la tendencia de aplicar a instituciones de Derecho Público normas establecidas para instituciones de Derecho Privado, idea combatida por numerosos autores, la mayor parte, que han ahondado en el estudio del Derecho Administrativo. Otto Mayer, respecto de ella, se expresa así: "La liberación de todas estas instituciones (las constituidas por relaciones patrimoniales del Estado), no será definitiva sino cuando se haya hecho desaparecer de los cerebros de nuestros juristas, la idea absolutamente falsa de que las relaciones de derecho civil, son idénticas".

Sostiene el mismo autor que la razón por la cual el Derecho Civil es aplicable al Estado, es simplemente porque es bueno y natural presumir que lo que es igual por naturaleza debe ser igual

mente reglamentado; que como la ley civil se refiere directamente a relaciones entre particulares, es preciso, para que sea aplicable al Estado que éste entre en una relación idéntica a la que se establece entre particulares; que indudablemente sólo se puede tratar de aplicación de leyes que se refieren al derecho pecuniario para que se apliquen las reglas de la ley civil; es preciso que el Estado haga un acto de economía privada, y que en los casos dudosos será necesario hacer una investigación previa, aplicándole sucesivamente las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado, pero siempre las que expliquen más natural y más ampliamente todos los detalles del caso concreto y dejen subsistir menor número de excepciones y contradicciones, serán las que convengan para el registro del caso de que se trate.

Pero toca saber en qué casos el Estado realiza actos de economía privada y cuáles de ellos se rigen convenientemente por el Derecho Público y cuáles por el Derecho Privado.

No debe desconocerse la dificultad que existe para poder definir en términos generales los casos de aplicación al Estado, de las normas del Derecho Privado, a pesar de lo cual creemos que está menos expuesta la noción apuntada, de que las normas del Derecho Público serán aplicables a todos aquellos casos en que la actividad del Estado se vincule estrechamente con la subsistencia misma de la organización estatal, o con el cumplimiento de las atribuciones que le corresponde, dejando para el Derecho Privado todas las actividades que no están en esas condiciones.

La situación del Estado como acreedor o como deudor, aun en los casos en que no interviene como Poder Público, presenta diferencias marcadas con la situación de un acreedor o de un deudor de Derecho Civil, diferencias que principalmente se distinguen en las prerrogativas y privilegios especiales que se le reconocen en las leyes al Poder Público, para hacer efectivos sus créditos.

Tales créditos pueden originarse por el pago de impuestos, por actos de soberanía o como resultado de actos en que el Estado interviene de modo semejante al individuo en los actos jurídicos de la vida civil, o por daños a sus bienes, siendo una fuente principal de derechos y obligaciones en el orden patrimonial la celebración de contratos. Son prerrogativas especiales que tiene el Estado, la hipoteca legal de los bienes de los administrados para

responder de ciertos impuestos, la inembargabilidad de sus bienes, la calidad de título ejecutivo que pueda imprimirle a las resoluciones que determinan un adeudo a cargo de los ciudadanos.

En cuanto a sus principios, admite la doctrina como útil en Derecho Administrativo el principio de buena fe, pero sin que tenga en este Derecho las mismas consecuencias que origina en Derecho Civil. Para justificar algunas soluciones, se acepta el enriquecimiento sin causa como principio determinante de derechos, sin que ello signifique que se admiten las reglas sobre el punto establecidas por el Derecho civil. Se ha discutido si las reglas sobre nulidad que contiene el Código Civil rigen los actos administrativos. Unos sostienen la negación. Otros la afirmación, y algunos están de acuerdo en la aplicación de ciertos principios generales que están implícitos en los textos del Derecho tradicional, que por ser de carácter general pueden aprovecharse en el Derecho Público. También suscita dificultades la introducción de las obligaciones naturales por formación analógica con el Derecho Civil. El Derecho administrativo como Derecho Público taxativo, no deja margen para estos matices propios del Derecho de obligaciones. La teoría de la imprevisión ha encontrado acogida en este campo, en el sector de los contratos administrativos.

Según jurisprudencia nuestra, el artículo 1043 del Código Civil, que regula el cuasicontrato, no es aplicable cuando se trata de funcionarios o empleados públicos, pues el Estado no se obliga sino mediante la observancia de las normas legales que rigen su gestión (Casación de 3:50 de 29 de setiembre de 1937). Las acciones de carácter cuasicontractual de los individuos no alcanzan a obligar al Estado (Casación de 16:45 de 14 de enero de 1959).

En una opinión extraordinaria la Sala de Casación ha sostenido que el artículo 12 del Código Civil sólo atañe a la materia civil y en consecuencia no tiene aplicación a una cuestión puramente fiscal (Sentencia de 2 p.m. de 25 de octubre de 1921), tesis sumamente discutible, pues no hay ninguna razón para que la disposición de aquel artículo de que "La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario", no sea perfectamente admisible en Derecho Fiscal, pues la legalidad de los impuestos y tributos es un principio fundamental de este Derecho.

Para poner un ejemplo no más de los errores y efectos contraproducentes a que puede llevar la aplicación indiferente de los principios y normas de Derecho Civil en el Derecho Público, voy a citar una sentencia reciente de la Sala de Casación, en juicio seguido por una Sociedad contra el Estado, al impugnar resolución del Tribunal Fiscal Administrativo que modificaba declaraciones de la renta. Desechando la defensa de caducidad opuesta por la accionante, el señor Juez de lo Contencioso-Administrativo adujo que el Estado no puede de buenas a primeras demandar judicialmente a un administrado, para el pago de impuesto, puesto que previamente debe agotar el procedimiento administrativo fijado por el ordenamiento jurídico para los efectos de la determinación y liquidación de la imposición, procedimiento que se agota cuando el ciudadano hace uso de cada uno y todos los recursos que en la vía administrativa tenga el negocio o cuando acepta el acto administrativo en forma expresa o de manera implícita: esto es, cuando no hace uso de los recursos administrativos. Para que la Tributación Directa pueda acudir a la vía ejecutiva en cobro del impuesto de la renta se requiere: o que el contribuyente acepte, no haciendo uso de los recursos concedidos por la Ley, o que el Tribunal Fiscal Administrativo resuelva lo pertinente, dando por agotada la vía administrativa. Antes de alguna de tales hipótesis, no puede la Tributación cobrar suma alguna proveniente de recalificación, en virtud de que no existe un acto administrativo definitivo o ejecutorio. No puede ser únicamente la demanda judicial la que interrumpa los plazos de prescripción o caducidad para el cobro de las diferencias del impuesto proveniente de recalificación, porque el artículo 28 de la Ley de Impuesto sobre la Renta alude simplemente al cobro y cobro realiza la Administración al comunicar al contribuyente el acto recalificación, tanto que el ciudadano puede pagar de inmediato la suma respectiva. Admitir que sólo la acción judicial interrumpe dicho plazo sería dejar en manos del contribuyente el adeudo y no de la Administración acreedora, independientemente de la procedencia o no de la caducidad o prescripción, pues bastaría hacer uso de los recursos administrativos para asegurarse el pago del impuesto.

La argumentación del señor Juez es clara y precisa.

A esta argumentación sólida y firme de la Sala de Casación acompaño lo siguiente: el argumento de la Oficina de Tributación

Directa, acogida por la Sala de Instancia de que la resolución del Tribunal Fiscal Administrativo contiene un cobro de los impuestos sobre la renta debidos por la actora, cobro que no requería para interrumpir la caducidad el ser judicial, es infundado porque el cobro a que se refiere el artículo 28 entonces en vigencia es al que se refieren los artículos 50, 52 y 53 de la misma Ley, que le dan el carácter de judicial. Por otra parte, la doctrina acepta, además, que "en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término fijado prescindiendo de las razones subjetivas, negligencia del titular o como imposibilidad de hecho..." Refutando la razón que invoca el señor Juez acogida por la Sala de Instancia, de que admitir que sólo la acción judicial interrumpe el plazo sería dejar en manos del contribuyente el deudor, arguye de que tampoco es válido el argumento de que el deudor tendría en sus manos el hacer imposible el cobro con sólo retardar la resolución administrativa, pues además de que eso no ha ocurrido en el caso de autos, trasladado el problema al campo de la teoría, la negligencia del deudor consentida o tolerada por el acreedor se vuelve en contra de éste y le hace culpable de que el término de la caducidad trascurra hasta que se realice. Y de esa responsabilidad no se libran en el caso de examen los órganos administrativos que han dado lugar al atraso que se produjo, con las consecuencias que resultan del mismo. El señor Juez tiene por probado que no se inició gestión cobratoria en la vía judicial en ninguna fecha anterior a la presente demanda, y "podemos agregar que ni aún hoy, ni siquiera por la vía de contrademanda en este proceso, tal gestión existe" (Sentencia N° 28 de 16 hs. de 15 de abril de 1966). No quiero aquí, establecer ninguna objeción concreta al fallo citado, pero sólo me basta con hacer notar que ese pronunciamiento tiene un fuerte olor a concepción pura civilista de la caducidad, y por eso se advierte fácilmente que las argumentaciones del Alto Tribunal quedan como tuercas flojas dentro del mecanismo a que se trata de aplicar; suenan como si no fuesen dirigidas hacia donde se proponen, como algo que se trata de ajustar a la fuerza dañando un sistema, como que es una pieza que no pertenece a la estructura. En cambio el razonamiento del Juez de primera instancia es toda una comprensión cabal del principio entendido en el ámbito del terreno del Derecho Público, dentro del campo especial de regulación del Impuesto sobre la Renta, y ajustado al ordenamiento en que se pone a operar. Ha

habido una **confusión de parte** del Alto Tribunal y con ello ha puesto en **peligro el cobro** de las sumas adeudadas por numerosos contribuyentes derivadas de **recalificaciones**, modificaciones tasaciones de **oficio**, etc., llevadas a cabo durante períodos en que los plazos al efecto constituían caducidad, porque difícilmente habrá un caso en que la resolución definitiva que agote la vía administrativa se haya dictado en las condiciones que exige la Sala de Casación, por motivo de la interposición de los recursos respectivos cuyo procedimiento se llevaba mucho tiempo: petición de rectificación del cálculo dentro de treinta días ante el Departamento de la Renta; **revisión** ante la Dirección General, dentro de los quince días siguientes al rechazo; apelación ante el Tribunal de la Renta dentro de igual **término**, si fuere declarada inadmisibles la gestión, todo lo cual, conforme el pensamiento del Alto Tribunal significa que en un **término** de tres años la Tributación Directa estaba supuesta a llevar a cabo las modificaciones, recalificaciones, las tasaciones de **oficio**, etc., comunicarlas a los contribuyentes, esperar que éstos hicieran uso de tres recursos, y tener presentada antes del vencimiento del término la demanda de cobro judicial.

V.—LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con la legislación civil, las cosas públicas, están fuera del comercio, y por tanto son imprescriptibles. Las cosas privadas, aunque pertenezcan al Estado o los Municipios, los cuales para el caso se tienen como **personas** civiles, sin diferencia respecto de cualquier otra persona, **prescriben**.

El fundamento de la **prescripción** en Derecho Administrativo es igual al que tiene en Derecho Civil. La **prescripción** en Derecho Administrativo se funda en la **necesidad** de que las relaciones jurídicas no deben permanecer mucho tiempo en posibilidad de litigio y confusión. Por eso se señalan plazos para la interposición de recursos formales. Pero como **características** propias están, razones de certeza de la gestión financiera y patrimonial del Estado; evitar que los cambios de gobierno puedan permitir soluciones de oportunismo y la dificultad de la prueba de la existencia de la obligación entre más se aleja la fecha de la reclamación de la fecha de la obligación.

Según una opinión la prescripción produce sus efectos no al cumplirse el término fijado por la Ley, sino cuando se hace valer en juicio. El artículo 865 del Código Civil establece que "Por la prescripción negativa se pierde un derecho". Para ello basta el transcurso del tiempo, "sin que se exija la condición de juicio". La situación de que el Juez no pueda suplir de oficio la prescripción no alegada, no significa que la prescripción deba oponerse para que produzca sus efectos, sino que ello es aplicación simple del principio general en materia de derecho probatorio, según el cual el interesado debe alegar el hecho jurídico en que funda su derecho o la liberación de una carga, concretado en el artículo 719 del Código Civil nuestro, de modo que el Juez nunca podrá suplir oficiosamente el silencio de la parte interesada. El artículo 719 no sólo vale para la prescripción extintiva, sino para todos los medios de extinción de los derechos, hasta el pago, respecto del cual nadie duda que extinga la obligación ipso iure. La misma compensación que de acuerdo con el artículo 809 del Código Civil se opera de pleno derecho, no la suplirá el Juez de oficio, sino es opuesta por una de las partes en la demanda, como excepción, y como la prescripción, sin embargo, puede renunciarse, renuncia que resulta de no poner la prescripción o compensación.

Reconociendo el carácter extintivo de pleno derecho de la prescripción, el artículo 471 del Código Civil contiene la disposición para las hipotecas, ya sean comunes o representadas por cédulas, inscritas o detenidas por defectuosas, de que en cualquier tiempo que aparezcan como vencidas por más de diez años, sin que el Registro manifieste circunstancia que implique gestión cobratoria o reconocimiento del crédito u otra interrupción, no surtirán, después de esa fecha, efectos en perjuicio de terceros, y el Registrador al inscribir nuevos títulos relativos a la finca respectiva, hará caso omiso de tales gravámenes.

Pero la prescripción no sólo es un medio de defensa contra quien pretenda ejercitar un derecho real o el crédito extinguido por ese medio, sino que también es un arma de ataque, por vía de acción, aunque no sea corriente. Así, por ejemplo, el artículo 802 ibídem, establece que el que por prescripción ha adquirido un derecho de servidumbre o se ha liberado de ella, puede hacerlo reconocer en juicio y solicitar su inscripción o cancelación en el Registro.

VI.—CARACTER PRIVADO DE LA RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

A pesar de que con el transcurso del tiempo se pierde un derecho, se extingue la obligación, por razones de índole moral la prescripción cumplida puede renunciarse, renuncia que resulta de no oponer la excepción antes de sentencia firme o de que quien puede oponerla manifieste por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor. Puede oponerse antes de la citación de partes para sentencia en la Sala Civil.

La renuncia de la prescripción efectuada antes del ejercicio de la acción en juicio, no tiene el efecto de conservarle al derecho prescrito su eficacia primitiva, sino que sólo produce en quien la hace la obligación personal de considerarlo como si no se hubiese extinguido. De allí se infiere que la renuncia a la prescripción de un derecho real no hace que éste subsista, sino que nazca en el renunciante la obligación personal de no impedir su ejercicio: la renuncia a la prescripción de un derecho de crédito garantizado por fianza o hipoteca, o por el vínculo de solidaridad, no hará que nazcan la fianza, la hipoteca, ni la solidaridad, ya que el fiador, los otros acreedores hipotecarios y los codeudores solidarios siempre pueden oponer la prescripción realizada, salvo el caso del acreedor quirografario que está obligado a respetar los efectos de la renuncia del deudor, pero tiene acción revocatoria contra los actos fraudulentamente realizados. Las personas que pueden hacer valer la prescripción, no obstante la renuncia, son las mismas que pueden oponerla, sino existiere, con la limitación de los acreedores quirografarios, los cuales si no la ha habido pueden hacerla valer substituyéndose en el ejercicio del derecho del deudor. Los interesados que tienen derecho propio para oponer la prescripción no obstante la renuncia no están obligados a probar otro requisito que la existencia de un derecho suyo que por la renuncia de la prescripción pudiese sufrir algún perjuicio: codeudores, solidarios, fiadores, acreedores hipotecarios, los adquirentes del fundo sobre el que pesaba un derecho real de goce o una hipoteca extinguidos por prescripción. Tal derecho es la consecuencia del carácter real que la ley reconoce a la excepción de prescripción, y de la eficacia meramente personal de la renuncia a hacerla valer.

La prescripción en cuanto tal no constituye una idea jurídica general. En principio, los derechos y deberes públicos no están sometidos a este estatuto. Pero es de considerar si los derechos patrimoniales de carácter público están afectados por ella. La prescripción aparece prevista en diversas leyes de la administración, sobre todo en las leyes fiscales. Mas por afectar éstas de modo especial los impuestos, sus reglas no pueden tomarse con pleno sentido para introducir las por analogía. Entonces no nos resta más perspectiva de referencia que la del Derecho Civil, lo que quiere decir que las reglas de este Derecho pueden ser aptas para una aplicación analógica en derecho público, pero esa analogía en la aplicación de los preceptos, debe ser apreciada caso por caso.

Podríamos sostener que las reglas de la prescripción en Derecho Civil, en lo substancial son admisibles en Derecho Administrativo, y en el ámbito de los Tribunales judiciales operan sin problema. Pero las reglas sobre su renuncia sí requieren un examen especial en la esfera de nuestro interés.

VII.—LA RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN

En comentario sobre el reconocimiento de derechos por parte de la Administración, dice el Doctor Rafael Bielsa que la expresión "reconocimiento es de significación o contenido amplio, tanto en derecho privado como público. Pero a diferencia del derecho privado, en el que una persona capaz de obligarse por virtud de un acto si lo reconoce válido se somete a la respectiva obligación, en el derecho público el reconocimiento no depende de la voluntad del órgano administrativo. Los órganos administrativos aún siendo incompetentes (concepto equivalente a "capacidad" en derecho privado), no por eso pueden reconocer actos, que generan obligaciones para la administración que ellos representan. Para ello debe probarse la existencia, la virtualidad y la legitimidad del acto. El reconocimiento de una obligación en derecho privado puede ser no sólo expreso sino tácito. La persona capaz puede disponer de su patrimonio, y eso no interesa a los demás, salvo que se consideren perjudicados, como en el caso de los acreedores, si se dispone simultáneamente en fraude. Los funcionarios u órganos administrativos no disponen de lo suyo sino de la administración pública, por lo

los reconocimientos no dependen de su voluntad, sino de la ley que los autoriza (página 323, Derecho Administrativo, Tomo V).

El mismo tratadista refiriéndose a la repetición de pago, declara que "no puede considerarse al fisco (sujeto activo) como acreedor en el sentido del derecho privado. El fisco es Estado en cuanto actúa en una parte esencial de su actividad, es decir, en la realización de una función sometida objetivamente a un régimen legal. El Fisco, a diferencia del acreedor en derecho civil, no tiene ese poder de disposición ilimitada en punto a su gestión patrimonial: él no puede disponer discrecionalmente de sus bienes; el acreedor de derecho común, por el contrario, puede hacerlo; salvo el derecho que a su vez tienen los acreedores o beneficiarios legales determinados, si el acto de disposición del deudor perjudica al acreedor de modo que la ley le atribuye una acción para impugnar judicialmente ese acto. El Fisco en punto a la recaudación y disposición de las contribuciones es ejecutor de la Ley, y como tal no tiene una potestad discrecional que le permita liberalidades directas o indirectas en beneficio de los deudores. Por eso tampoco puede dejar de invocar la prescripción operada en su favor; él debe acogerse a ella, a menos que la ley expresamente disponga lo contrario (página 314, Derecho Fiscal, Estudios de Derecho Público, tomo II).

Importa no olvidar que si el contribuyente ha pagado una deuda prescrita (por contribuciones) no puede repetir el pago, y esto es así, no sólo por aplicación del principio general, sino porque la Administración Pública no puede renunciar a los derechos adquiridos por el pago válido de una contribución fiscal. "Lo contrario implicaría un acto de disposición discrecional; además, la Administración fiscal está obligada a oponer la prescripción, pues para ella es un beneficio irrenunciable. Se dice que la prescripción es un recurso de mal deudor, pero esto es explicable en derecho privado, ya que el particular dispone de sus propios bienes patrimoniales; la Administración Fiscal, por el contrario es ejecutora de la Ley, y ésta establece normas de orden público para la formación del erario, al que concurren todos los contribuyentes. Cualquier acto de liberalidad equívoca de la Administración fiscal, determina un injusto aumento, por poco que sea, para los demás contribuyentes, lo que a la vez afectaría la igualdad (página 324,

... (secho). A diferencia de la legislación argentina, nuestro Poder Público sí autoriza la repetición de pago de contribuciones. En caso de los fallos dictados por el Tribunal Fiscal de la Federación, República de México, se pronuncia en que "Puesto que la renuncia a la prescripción en materia fiscal no existe doctrinariamente ni por texto legal expreso, cabe concluir que a la renuncia realizada por un causante destinada a obtener facilidades para pagar un impuesto ya prescrito, no puede dársele el carácter de renuncia a la prescripción ya realizada", y en otro dijo que tampoco puede atribuirse a dichos actos los efectos de una renuncia a la prescripción porque aun cuando el Código Civil reconoce la posibilidad de la renuncia tácita, su régimen no es aplicable subsidiariamente en razón de que el Código Fiscal no tiene disposición alguna que reconozca la renuncia de la prescripción, por lo que no puede considerarse que exista alguna en el derecho positivo que lo supliera. Extinguido un crédito fiscal por prescripción, es posible, en ausencia de disposición expresa que así lo establezca, declarar que el crédito renace por voluntad unilateral del contribuyente, aun en el supuesto de que tal voluntad existiese, tanto que la prescripción ha sido establecida con fines exclusivos de protección de los intereses sociales generales (citadas por Luis Martínez López, Derecho Fiscal Mexicano, página 149).

Es criterio del tratadista de Derecho Civil, señor Francesco Carnelutti, después de analizar la prescripción y el interés público que ésta produzca sus efectos, de modo que sólo después de haberse producido está en el poder dispositivo del individuo para producir tal efecto, con un acto de voluntad contrario, que "para producir válidamente la renuncia es necesario el poder de disponer (artículo 64, Derecho Civil y Comercial, tomo II).

Opina don Enrique Sayagués Laso, que mediante la renuncia la Administración extingue unilateralmente una obligación, más que una regla general la administración tiene que hallarse expresamente autorizada para renunciar a sus derechos" (página 423, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, edición de 1953).

VII.—IRRENUNCIABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuando el artículo 113 de la Ley de la Administración Financiera de la República dispone, que "Toda acción contra el Estado o sus instituciones o Corporaciones Autónomas o Semi-Autónomas, fundada en pago indebido de impuestos, contribuciones o tasas, prescribirá en tres años después de que sea exigible, considerándose como exigible la acción desde el momento en que se hubiere hecho el pago que se estima ilegal o erróneo", pone una obligación a cargo del órgano u órganos respectivos de la administración fiscal, de no reconocer ninguna acción o reclamo fundado en pago indebido que se establezca o gestione una vez transcurrido dicho plazo, por haberse extinguido. Admitir que la administración fiscal puede o no reconocer el derecho, sea, que pueda hacer valer o no la extinción, sería desconocer el sentido mismo del mandato que es el de señalar a los particulares un plazo definitivo para que dentro de él reclamen los pagos indebidos por esos conceptos, lo que a la vez implica un orden a los órganos financieros de que sólo podrán reconocer los reclamos procedentes siempre que se establezcan dentro de ese periodo.

Nuestra legislación nos da otros ejemplos de la tendencia a impedir el reconocimiento de obligaciones o pagos para los cuales se ha determinado plazo. El artículo 23 de la Ley de la Administración Financiera de la República establece que la Tesorería Nacional, durante un año, a partir de su emisión, mantendrá a la orden de los interesados los giros emitidos; pasado ese plazo procederá a anularlos, quedando el derecho a los interesados para solicitar de nuevo, durante el año siguiente, la emisión de giros mediante nueva tramitación; pasado el citado plazo de dos años, los giros que no hubieren sido retirados prescribirán de pleno derecho en beneficio del Tesoro Público.

Es indiscutible que si a pesar de lo dispuesto por el artículo 113 la administración pública reconociese la devolución de una suma pagada indebidamente, pero reclamada con posterioridad al término fijado, calificaríamos ese reconocimiento como ilegal. De igual manera, si se expidiese un giro a pesar de que no fue retirado dentro de los dos años que señala la Ley, tendríamos ese acto como ilegítimo. Pues, igual tendríamos que pensar, respecto de

un derecho extinguido de acuerdo con el artículo 868 y siguientes del Código Civil, a falta de norma expresa y especial, porque no hay norma en la Administración pública que autorice la renuncia a la prescripción, sino más bien al contrario, hay reglas de administración y contralor financiero que tienden a evitar los actos de disposición indebidos o ilegales.

El proceso volitivo de la administración comienza con la existencia de los hechos. Establecidos los hechos la administración los examina en el terreno jurídico para darles calificación legal. Aquí puede haber discrecionalidad, porque tratándose de normas jurídicas sólo puede haber una verdad legal. Si la calificación es errónea el acto adolece de ilegalidad en el fondo. En el examen de los hechos para calificarlos legalmente, el órgano ha de constatar la existencia del derecho. Pero tal existencia no ha de tener un sentido de presencia histórica, sino de existencia legal, y un derecho prescrito, sea, que se extinguió con el decurso del tiempo, ha dejado de existir jurídicamente, y al no depender de la discrecionalidad la verdad legal, ha de tenerse por inexistente el derecho, lo que obliga a que la resolución haya de ser desfavorable al particular.

El poder de obrar jurisdiccional es la potestad de decidir conforme a derecho las reclamaciones o controversias que se presentan a la Administración, obrando así a manera de los jueces, por cuanto resuelve en caso concreto y a petición de parte, aplicando la norma jurídica. Y es aquí donde, entonces, el órgano administrador como Juez, a la vez que como parte, como órgano o representante de la Administración, en esta calidad debe velar al decidir, por la defensa de los intereses generales, de los intereses públicos recomendados, de manera que si conforme a la ley no sacrifica el interés privado al negarle el derecho al reclamante, por haberse extinguido por prescripción, cumple plenamente las dos funciones, igual que si tratándose de un derecho del Estado, invoca la prescripción el deudor y en aplicación de la regla jurídica, reconoce la extinción de ese derecho.

No se trata de que el órgano administrativo siempre ha de obrar de lado de su representado, sino de que cuando entren en juego dos intereses: el privado y el público, sin que la ley dé preferencia al primero en forma especial, el órgano debe escoger por la tutela del último, cuando la ley o los principios estén de parte, debiendo hacer valer cualquier derecho que lo beneficie.

No habría fundamentación para admitir que si el Estado encarga a los funcionarios la administración de la cosa pública, la gestión de los intereses generales, el administrador pueda caprichosamente abandonar la protección de los intereses confiados para decidirse por el individual, tomando en consideración simplemente razones personales, de modo que indistintamente en condiciones idénticas, pueda actuar en una u otra forma.

Las leyes de orden público, de seguridad y las de servicios públicos, son siempre imperativas, obligatorias y de estricto cumplimiento para el Poder Ejecutivo.

Las disposiciones de ordenamiento fiscal y financiero como normas de orden público deben ser cumplidas por el Poder Administrador, por todos los órganos de la administración, con carácter obligatorio.

El artículo 5° de la Ley de Administración Financiera de la República dispone que sin perjuicio de la fiscalización superior que corresponde a la Contraloría General de la República, cada una de las oficinas que en conjunto forman la organización financiera del Estado, está obligada a ejercer vigilancia y la fiscalización internas de todas las operaciones de cualquier naturaleza que sean, procurando que ellas se realicen dentro de los mandatos legales vigentes y en beneficio del Estado. El artículo 6° ibídem, sienta responsabilidad para los funcionarios, empleados o agentes del Gobierno encargados, de recibir, custodiar o pagar bienes o valores del Estado, o cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia, por la pérdida, daño, abuso o empleo o pago ilegal que sea o sean imputables a su dolo, culpa o negligencia, y define como empleo ilegal, además de otros, el manejo de los bienes o valores en forma distinta a la prescrita por las leyes, reglamentos o disposiciones superiores, lo que pone de manifiesto que la disposición de los bienes o fondos públicos ha de ajustarse a las leyes, y al beneficio del Estado.

IX.—LA PRESCRIPCIÓN COMO BENEFICIO DEL ESTADO
DEBE Oponerse SIEMPRE, SEA POR EL PODER
EJECUTIVO, O LA CONTRALORIA GENERAL DE LA
REPUBLICA. - IMPUGNACION POR LESIVIDAD A LOS
INTERESES PUBLICOS ECONOMICOS

La prescripción es un beneficio irrenunciable, del Estado, innegablemente.

No hay una disposición expresa de Derecho Administrativo en nuestra legislación que autorice su renuncia, aparte de que como acto de disposición, para esa renuncia se requiere el poder de disponer. No es aplicable la norma de derecho civil que la permite dentro del ámbito de los intereses privados, en Derecho administrativo, ya que no se ajusta al mecanismo legal de la organización económica financiera ni a los principios propios de la administración pública. Podría aducirse que bajo ciertas circunstancias tendría justificación el reconocimiento de un derecho prescrito. Así el artículo 45 de la Ley de Contabilidad de la República de Argentina, autoriza al Poder Ejecutivo, para que, no obstante haberse producido la prescripción, pueda ordenar el pago, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento; sea que lo faculta para reconocer derechos prescritos mediante una motivación expresa.

Aunque la regla da la apariencia de ser justa, también es cierto que un mal uso de la misma, llevaría en una forma indirecta al mismo resultado que se lograría si se le diera a tal Poder la facultad para y simple de desoír el interés general, de reconocer derechos extinguidos.

Sin embargo, como una garantía plena para el Estado, y para los ciudadanos, la colectividad, creo que la fórmula sana es la de establecer como principio general que ningún órgano, ni el Poder Ejecutivo mismo está autorizado para el reconocimiento de derechos prescritos en beneficio del Estado.

La solución debe ser tajante de manera que no permita la arbitrariedad, ni deje el asunto al campo de lo discrecional, ya que implicando la renuncia un acto dispositivo, como tal y como renuncia requiere autorización explícita de la Ley.

La Administración pública se obliga y se libera por los actos de sus representantes y en estos campos de acción es de rigor que las disposiciones liberatorias tengan fundamento en las leyes.

Dar a los órganos de la administración la facultad de renunciar a la prescripción en el reconocimiento de derechos, sería dar paso al mando arbitrario, ya que la posibilidad de ser favorecido con la renuncia dependería de circunstancias subjetivas, personales; amistad, identidad política, relaciones familiares, capricho o antojo, de un obrar sin arreglo a ninguna norma o criterio objetivo, y nuestra legislación no prohija esa clase de conductas.

Tenemos que aceptar, pues, que, el Poder Ejecutivo a falta de una autorización legal que se lo permita, no puede renunciar a la prescripción, lo que involucra en sentido contrario la afirmación de que siempre que al examinar las reclamaciones de derechos los funcionarios competentes para el reconocimiento adviertan que tales derechos están prescritos, necesariamente están obligados a hacerla valer.

Ahora bien, cuál sería el resultado del acto o resolución que reconoce un derecho prescrito del particular, sea que establece una obligación a cargo del Estado: la intervención del organismo contralor y vigilante de la Hacienda Pública; la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el artículo 184 inciso 1º) de la Constitución Política "no se emitirá orden de pago contra el Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella". La Contraloría refrenda las obligaciones del Estado y sin la aprobación del gasto correspondiente la Tesorería Nacional no emitirá giro u orden de pago, formalidad sin la cual el giro u orden no constituye obligación.

En ejercicio de esas atribuciones y deberes, la Contraloría General de la República está obligada a hacer valer la prescripción, cuando el Poder Ejecutivo la ha ignorado reconociendo el derecho prescrito. Y si aún la Contraloría no enmienda el daño, le queda a la Administración, de conformidad con la Ley que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la impugnación del acto o resolución por lesividad a los intereses públicos econó-

...cos, y si nada se hace por defender estos intereses, se habrá perjudicado la Hacienda Pública, y echado un injusto aumento sobre las cargas de los demás ciudadanos.

OBRAS CONSULTADAS

- 1) — Tratado de Derecho Administrativo, Ernst Forsthoff, 5ª edición.
- 2) — La Discrecionalidad en la Administración Pública, Bartolomé A. Fiorini.
- 3) — Derecho Administrativo, Félix Sarria.
- 4) — Doctrina General del Derecho Civil, Dr. Nicolás Coviello.
- 5) — Derecho Fiscal Mexicano, Lic. Luis Martínez López.
- 6) — Derecho Administrativo, Rafael Bielsa, tomo V.
- 7) — Derecho Civil y Comercial, Francesco Messineo, tomo II
- 8) — Derecho Administrativo, Enrique Sayagués Laso, tomo I, edición de 1953.
- 9) — Tratado de Derecho Administrativo, Gabino Fraga, 4ª edición.
- 10) — Tratado de Derecho Administrativo, Fernando Carrido Falla, tomo I, 3ª edición.
- 11) — Filosofía de Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho, Del Vecchio y Recasén Siches, tomo I.
- 12) — Pouvoir Discretionnaire, Waline, Revista de Derecho Público 1930.
- 13) — Derecho Administrativo, Andrés Serra Rojas. 2ª edición, 1961.