sesenta días fijado por el Decreto Reglamentario, que no viola la Constitución ni la ley.

3) Se realizó la audiencia preliminar (fs.84 y 85) y en ella, ratificadas demanda y contestación, el actor aclaró que no ha podido dar el alta en la Caja de Profesionales Universitarios por no tener resuelto este problema y la accionada aclaró que un profesional que percibe ingresos devengados en este país que superen el tope mínimo debe aportar aunque esté en el exterior, por lo que se le exige que demuestre que no los tuvo.

Fracasada la tentativa de conciliación entre las partes, se determinó el objeto del proceso y de la prueba y, diligenciada la prueba dispuesta (fs. 89/94), alegaron las partes y los autos pasaron a estudio.

4) Concluido el estudio sucesivo, se suscitó discordia entre los integrantes naturales de la Sala, que motivó que por dos veces se procediera a integrarla por sorteo que incorporó a las Ministras Dras. Elena Martínez y Graciela Bello, con quienes se formó la mayoría de votos legalmente necesaria para acordar la sentencia definitiva, que ha de dictarse seguidamente.

CONSIDERANDO:

I) El Tribunal integrado, por mayoría de votos y sin desconocer la opinabilidad del asunto, ha resuelto desestimar la demanda anulatoria por las razones que se exponen seguidamente.

II) En el aspecto formal, la acción se promueve luego de agotar la vía administrativa y dentro del plazo legal 20 días contados desde el siguiente a la notificación de la resolución denegatoria del recurso de reposición (Ley Nº17.451 de 10/1/02 art.3).

III) En cuanto al aspecto de mérito, cabe precisar que el Fondo de Solidaridad fue creado por Ley Nº16.524 de 25/7/94, habiendo la Ley Nº17.451 de 10/1/02 art.1 modificado el art.3, siendo luego reglamentado por el Decreto Nº325/002 de 22/8/02.

De acuerdo con dichas normas y en lo que interesa a la cuestión debatida, el Fondo *"se integrará mediante una contribución especial (artículo 13 del Código Tributario) efectuada por los egresados de la Universidad de la República y del nivel terciario del Consejo de Educación Técnico-Profesional, cuyos ingresos mensuales sean superiores a 4 (cuatro) salarios mínimos nacionales ..."* (art.3) quedando exceptuados de contribuir *"aquellos profesionales ... que acrediten, mediante declaración jurada ante la Comisión Administradora del Fondo, no percibir ningún tipo de ingresos derivados de su condición de profesionales universitarios o de egresados de los cursos de nivel terciario del Consejo de Educación Técnico-Profesional"* (art.4).

La ley delega a la reglamentación a dictar por el Poder Ejecutivo la determinación de *"los ingresos computables y los requisitos necesarios que deberán cumplir quienes perciban ingresos inferiores a los establecidos en el inciso primero de este artículo, para justificar los mismos"* (art.4 inc. final).

En cumplimiento del cometido legal, el Decreto Reglamentario Nº325/2002 dispuso que *"se considerarán gravados todos los egresados de la Universidad de la República o del nivel terciario del Consejo de Educación Técnico Profesional cuyos ingresos nominales reales o fictos, cualquiera sea su naturaleza superen los mínimos imponibles legalmente fijados en cada caso. En caso de que no se hayan superado dichos ingresos el interesado deberá presentar a la Comisión Honoraria Administradora del Fondo de Solidaridad, dentro de los primeros sesenta días del ejercicio siguiente, una declaración jurada acompañada de toda la documentación que estime pertinente a efecto de acreditar tales extremos. De haberse percibido ingresos variables, se tomará el ingreso anual y se promediará mensualmente"* (art.5).

IV) En el caso, el actor afirma que estuvo fuera del país y regresó en setiembre de 2008 y recién el 16 de setiembre de 2009 se presentó ante la Comisión Honoraria Administradora del Fondo a declarar que durante los años anteriores no había tenido ingresos que superaran el mínimo no imponible, por lo que no le correspondía pagar aportes a dicho Fondo. La resolución impugnada de nulidad lo deniega estableciendo que se presentó fuera de plazo.

V) El claro que el punto medular que decide la impugnación es la interpretación de la normativa antes reseñada.

Como allí no se hace ninguna referencia expresa a la situación de los profesionales que se desempeñen en el exterior, la mayoría de la Sala entiende que ese hecho resulta irrelevante para la ley reglamentada. Con esa base, admitiendo que para la Comisión Honoraria no estarían gravados los ingresos obtenidos en el exterior, es claro que el profesional que reside en el país o vuelve a él, debe hacer la respectiva declaración jurada para obtener el certificado de no tener adeudos pendientes con el Fondo de Solidaridad.

La dificultad aparece cuando se trata de entender cuál es el plazo para hacer esa declaración. Tanto el actor como la Comisión Honoraria y los Ministros discordes, entienden que existe un vacío legal, aunque discrepan con la solución que corresponde darle: mientras que los primeros y los últimos entienden que el profesional que estuvo radicado en el exterior puede hacer la declaración cuando le plazca puesto que no le sería aplicable el plazo previsto en la reglamentación porque, a su criterio, ese plazo sería sólo para los profesionales que residen en el país, la Comisión Honoraria entiende que el plazo de sesenta días debe contarse desde que el profesional regresó al país.

La mayoría que dicta este fallo discrepa con la premisa de que existe tal vacío legal y reglamentario: ni la ley, ni el reglamento al establecer el plazo, distinguen entre profesionales que permanecen en el país y profesionales que regresan del exterior y establecen una regla general para todos los

casos, fijando un plazo que obliga a presentar la declaración jurada "*dentro de los primeros sesenta días del ejercicio siguiente*". De manera que donde la ley no hace distinciones no corresponde que los haga intérprete, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" según la conocida máxima tradicional. Ello, sin perjuicio de admitir que el profesional que durante esos primeros sesenta días del ejercicio siguiente estaba fuera del país pueda acreditar esa circunstancia de fuerza mayor impeditiva de presentar la declaración en tiempo. Lo que no sería más que la aplicación un principio, también de carácter general, que admite la suspensión de los plazos cuando median causas de fuerza mayor que impiden el cumplimiento (T.A.C. 5º Sent.121 de 15/9/10).

El tema de las lagunas ha sido magistralmente analizado por Kelsen que nos ha enseñado sobre las "*lagunas axiológicas*" que son un argumento que usan intérpretes y jueces cuando la solución normativa existente no se ajusta a sus criterios valorativos, esto es, no les parece justa o adecuada. En tal supuesto, dejan de lado la solución que emerge de la ley, postulando que existe una imprevisión o vacío legal. En puridad, lo que hace allí el intérprete es introducir una propiedad que el legislador no consideró tal y que le parece relevante –en el caso, el haber estado en el exterior al cierre del ejercicio- y de ese modo diseñar un caso específico que estima que el autor de la norma debería haber considerado como distinto o especial para darle una solución distinta. Al decir de Alchourrón y Bulygin, procediendo de ese modo no se describe el sistema tal como es, sino que se lo modifica (KELSEN, Teoría Pura del Derecho, 1ª.ed.Buenos Aires, 1960, Eudeba,p.173 y 2.ed.Buenos Aires, 1979,p.255; ALCHOURRON-BULYGIN, Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1974; Astrea, p.157-167).

VI) La mayoría de la Sala entiende equivocada la tesis de que existe un vacío legal, siendo aplicable al caso el plazo establecido por el art.5 del Decreto Reglamentario.

Por consiguiente, si se considera que el actor estaba en el país al terminar el año 2008, debió y pudo haberse presentado dentro de los

primeros sesenta días del año 2009 y no lo hizo, presentándose recién en setiembre de ese año, sin causa que justifique su demora. Por lo que la pretensión anulatoria deducida debe ser desestimada, solución que coincide con la adoptada recientemente por el homólogo de Sexto Turno (T.A.C.6º Sent.258 de 21/10/10).

VII) La conducta de las partes ha sido correcta y no merita, a juicio de la Sala, la imposición de condena en los gastos causídicos de la contraria.

POR CUYOS FUNDAMENTOS, EL TRIBUNAL INTEGRADO FALLA:

Desestímase la demanda anulatoria, sin condena procesal.

Ejecutoriada, previo pago de los tributos que pudieran adeudarse y de la vicésima, a cuyo único efecto se estiman los honorarios profesionales de cada parte en \$ 50.000, expídase testimonio y oportunamente, archívese.

DRA. ALICIA CASTRO – MINISTRO – DRA.ELENA MARTINEZ – MINISTRO – DRA. GRACIELA BELLO – MINISTRO -

DISCORDES por cuanto votamos por anular la resolución impugnada, por lo siguiente:

I) A nuestro criterio, lo que corresponde examinar es si es o no ilegal la aplicación de lo dispuesto por el art. 5 del Decreto Reglamentario 325/2002 que establece un plazo de 60 días, a contar del vencimiento del ejercicio en el que no se hubieren generado ingresos requeridos para pagar aportes al Fondo de Solidaridad, para solicitar exoneración, al caso del actor.-

II) En el presente, está fuera de la controversia que el actor no generó dichos ingresos por los ejercicios 2004 o 2005 (véase fs. 51) a 2008, y que se presentó vencido el plazo reglamentario (el 16/9/2009) ya que había regresado al país un año antes (en septiembre de 2008).-

III) Según el actor debe primar la verdad sustancial (esto es: que se encuentra en situación de ser exonerado) y el principio del informalismo, el plazo es solamente reglamentario y la norma en cuestión no prevé sanción para el caso de inobservancia.-

IV) El demandado, por su parte, postula que la ley le ordenó al PE la reglamentación de los requisitos para solicitar exoneración (art. 3 Ley N° 16.254) y que, además, el actor ya estaba en el país mientras corrían los 60 días posteriores al ejercicio 2008, agregando que la situación de profesionales en el exterior no está prevista expresamente y que, por eso, se le aplica el referido plazo una vez que regresó al país (no se lo cuenta desde que vence el ejercicio sino desde el regreso).-

V) Ahora bien, la situación descripta plantea la interrogante de si es posible aplicar por analogía y con la variante indicada (que se dice responde a la aplicación del principio de que al impedido por justa causa no le corre término) la norma reglamentaria que establece un plazo para solicitar exoneración.-

Es de verse que la norma refiere en general al caso de que no se hubieren generado ingresos suficientes para el pago del tributo, aunque –tal como la aplica el Fondo- parece estar prevista para los profesionales que están en el país.-

En este enfoque se puede llegar a 2 conclusiones: una, que es correcto lo que hace el Fondo máxime cuando computa el plazo desde el regreso y, otra, que no corresponde aplicar la norma en cuestión a casos no previstos en ella y que, por ende, para quienes hubieren estado radicados fuera del país y no hubieren generado ingresos acá, no existe plazo.-

De lo expuesto fluye que para nosotros no está en cuestión la legalidad del art. 5 del Decreto 352/2002, sino la determinación de si es o no aplicable al caso.-

Entonces, sin dejar de reconocer la opinabilidad del asunto, nos inclinamos por amparar la demanda porque, tal como lo reconoce el demandado, no hay previsión expresa para profesionales radicados en el exterior, porque no se viola el principio de igualdad en relación a otros sujetos pasivos puesto que el plazo que se pretende aplicar rige para quienes están en el país, o sea, para quienes están en distinta situación que el actor y porque, en definitiva, no se puede aplicar por analogía a una situación no prevista una disposición que cercena derechos del afectado.-

ESC. J.A da MISA - SECRETARIO

ES COPIA FIEL
JUAN A. DA MISA RIAL
Secretario