



Jurisprudencia

CÁMARA FEDERAL DE SAN MARTIN SALA I.

AUTOS: BITURON, HORACIO ANDRÉS S/CLAUSURA PREVENTIVA.

BITURON, HORACIO ANDRÉS S/CLAUSURA PREVENTIVA.

Fecha: 12/07/2011

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Llegan las presentes actuaciones a estudio del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra el auto que declaró la inconstitucionalidad del art. 35, inc. f, de la ley 11.683 en cuanto confiere a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) la potestad de clausurar preventivamente un establecimiento comercial en caso de que un funcionario autorizado constate la configuración de determinadas infracciones previstas por la norma citada.

Se agravió el recurrente resaltando que este tipo de declaraciones son de ultima ratio. Por otro lado, entendió que las facultades otorgadas a la AFIP no afectan los principios de inocencia y debido proceso, ya que el procedimiento cuestionado permite la clausura preventiva del establecimiento con noticia inmediata al juez, por un período de tiempo determinado.

Así, destacó que las facultades de control y verificación que confiere la ley al referido organismo resultarían desvirtuadas en el caso de carecer del poder coactivo otorgado. De ese modo entendió que no existe una irrazonable aplicación del instituto de la clausura que amerite su declaración de inconstitucionalidad, sino que los argumentos esgrimidos se circunscriben a cuestionar la naturaleza de la clausura preventiva.

Por su parte, la Administración Federal de Ingresos Públicos adhirió al remedio procesal intentado, destacando que la finalidad de la clausura preventiva es evitar que se continúe consumando la contravención, funcionando como una medida cautelar que interrumpe el efecto antijurídico de la infracción. En este orden de ideas, resaltó que la medida cuestionada contempla una instancia administrativa y jurisdiccional indefectible, a diferencia de la sanción de clausura donde el segundo tramo depende de la voluntad del recurrente, por lo que de manera alguna se violaría el derecho de defensa.

Por otro lado, señaló que existen figuras dentro del ordenamiento jurídico que permiten el ejercicio del poder de policía, delegado a distintos organismos, sin que ello vulnere garantía constitucional alguna, sino que se utiliza en protección del bien común.

II. En primer lugar debe destacarse que no se encuentra en tela de juicio el ejercicio del poder de policía por parte de entes estatales a fin de fiscalizar las acciones que -de continuar- producirían situaciones de extrema gravedad; sin embargo éste debe guardar proporción con los fines perseguidos por el legislador.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes momentos se enroló en doctrinas restrictivas o amplias al respecto, entendiendo ya desde 1922 (Fallos: 136:161) que el Estado podía limitar los derechos de los habitantes cuando se encontraba en riesgo la moral, la salud, la seguridad pública y los intereses



económicos de la comunidad. En 1934 (Fallos: 172:21) se reconoció claramente esta potestad, indicando que no es la emergencia quien la crea, sino que ésta le brinda al Estado la ocasión de ejercerlo, incluso para atacar las consecuencias de la desocupación (conf., asimismo, Fallos: 247:121).

En la interpretación de una teoría amplia sobre estos poderes, el Alto Tribunal marcó un límite, aclarando que los derechos y las actividades pueden reglamentarse o limitarse, pero no prohibirse en su totalidad y debiendo hallarse el ejercicio del poder de policía sujeto a un control judicial efectivo (Fallos: 269:393).

Por otro lado, es de la propia Carta Magna de donde surgen esos principios limitantes: el de libertad o reserva, de legalidad, de igualdad de trato y oportunidades y de razonabilidad.

En el ámbito de los tratados internacionales, el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados a adoptar las vías necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura. Por su parte el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados pueden someter los derechos allí garantizados únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de ellos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de la sociedad democrática.

III. En el presente caso se advierte que la norma cuya constitucionalidad se debate, aparece cuestionada desde su creación.

En el mensaje del Poder Ejecutivo sobre el proyecto de ley se resaltó que se trataba de una medida preventiva de clausura para los casos en que la prosecución de la actividad del responsable implique un riesgo inminente de incrementar el perjuicio fiscal derivado de su acción, repercutiendo también sobre los demás contribuyentes, en cuanto ella importa una violación flagrante a las reglas de la libre competencia (conf. www.laleyonline.com.ar, antecedentes parlamentarios de la ley 24.765, del 12 de noviembre de 1996).

2

No obstante ello, en las observaciones al dictamen de comisión, Patricia Bullrich el 4 de diciembre de 1996, destacó que esta discrecionalidad al funcionario genera el riesgo de fomentar el ejercicio abusivo de las atribuciones, la irrazonabilidad en la decisión de clausuras preventivas y la arbitrariedad en la evaluación de los antecedentes del contribuyente. . . Esto implicaría la asunción de responsabilidades del Estado por el hecho de sus dependientes.

Por su parte, José Cafferata Nores destacó que en el proyecto la clausura está pensada como una sanción, no como una medida cautelar. Continuó diciendo: el procedimiento posterior a la 'clausura preventiva' . . . revela, una vez más, el propósito de utilizar, desnaturalizándolas, las medidas procesales precautorias, como sanciones inmediatas y anticipadas. Cuando la Dirección General Impositiva quiera, comunicará la clausura al juez que podrá levantarla o 'mantenerla hasta que se regularice la situación' (Conf. www.laleyonline.com.ar, antecedentes parlamentarios de la ley 24.765, 1ra y 2da observación al dictamen de comisión).

Además, numerosa jurisprudencia ha entendido que la clausura constituye una sanción de carácter penal (causa Yu Jian s/inf. Ley 11.683, rta. 24-05-99, Juzg. Pen. Económico n° 3, Cámara Federal de Mar del Plata, expte. N° 2383 Afip DGI c/ Sodio s/ clausura preventiva, rta. 18-04-00, entre otras). De allí que la adherente recalcará que no es ese el sentido de la facultad admitida en el art. 35, inc. f, de la ley 11.683.

Sin embargo cabe expresar que, aun reconociendo que pudiera tratarse de una medida cautelar, su utilización debe efectuarse dentro de determinados parámetros de razonabilidad a fin de resguardar las



garantías que fija la Carta Magna.

Al respecto, debe especialmente tenerse en cuenta que este tipo de medidas procuran impedir que la ejecución de un acto torne abstracto cualquier intento de discusión posterior. Se requiere la presencia de elementos de urgencia y perjuicio grave que ameriten el remedio, de manera que se debe evaluar y ponderar en el caso concreto el daño a la comunidad y aquel que se ocasiona al titular del derecho que se restringe.

Ya ha sostenido el Tribunal la importancia del proceso cautelar y del análisis que allí se efectúa, que no se debe confundir con el fondo de la cuestión.

Ello requiere un ejercicio puntual de la prudencia a fin de no pasar los límites de las vías precautorias, de modo que no se vulnere el derecho de defensa.

En esa tramitación, será el juez quien tratará de minimizar los costos de esa decisión, la que podrá ser revisada.

Por otro lado, no puede soslayarse que aun en el ámbito administrativo la legislación positiva nacional reconoce el derecho al debido proceso adjetivo; así el art. 1, inc. f, de la ley 19.549 asegura el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: ... de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

El derecho a la tutela judicial efectiva en la materia ha sido reconocido por numerosos instrumentos internacionales. Cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) hizo expresa referencia al ámbito tributario: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. De allí se desprende que todo aquel sobre quien pese una imputación, debe poder ejercer su descargo con las debidas garantías.

3

En ese mismo sentido se expresa la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art 8): Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Ha señalado la doctrina que el derecho tributario es una rama del derecho público con significativas inferencias en la propiedad y el ejercicio de la actividad económica, por lo tanto, es en ese ámbito donde el fortalecimiento de la función judicial debe primar, a fin de evitar perjuicios de suma gravedad.

En este entendimiento, cabe resaltar que la norma bajo análisis otorga la facultad a la Administración Federal de Ingresos Públicos de disponer la clausura preventiva cuando se dan las circunstancias del art. 35, inc. f. En tal caso deberá ser comunicada de inmediato al juez federal... para que éste, previa audiencia con el responsable resuelva dejarla sin efecto en razón de no comprobarse los extremos requeridos por el artículo 35, inciso f); o mantenerla hasta tanto el responsable regularice la situación que originó la medida preventiva (art. 75 de la ley 11.683).

De ese modo, se dispone la medida restrictiva sin intervención judicial previa.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al analizar la validez de la facultad del organismo recaudador de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares (embargo) contenida en la misma ley (art. 92), señaló que: si bien se ha admitido que, en pos de adecuar el citado principio a las necesidades de la vida cotidiana, en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones el Poder Ejecutivo u organismos de la administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, la funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas (conf. Fallos: 247:646 Fernández Arias).

Es que, en definitiva, no debe perderse de vista que la disposición constitucional que niega al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales o el derecho de conocer en causas pendientes o de restablecer las fenecidas responde al propósito de poner a cubierto a los habitantes de los abusos del gobierno y al de marcar la línea divisoria de los tres poderes que lo integran (Fallos: 149:175)...

Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no sólo violenta el principio constitucional de la división de poderes sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75... A tal conclusión es posible arribar a poco de que se observe que, de acuerdo con el sistema implementado en la normativa cuestionada tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares -'verosimilitud del derecho' y 'peligro en la demora'- como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de la causa no son realizadas por un tercero imparcial sino por la propia acreedora, que no tiene obligación de aguardar la conformidad del juez para avanzar sobre el patrimonio del deudor (Fallos: 333:935).

Que el citado precedente deviene aplicable al caso toda vez que la norma aquí cuestionada, aun entendida como medida cautelar, contiene las mismas deficiencias que las señaladas por el Alto Tribunal en el fallo referido.

En efecto, el artículo 35, inciso f de la ley 11.683, al otorgar a los funcionarios de la AFIP la potestad para clausurar unilateralmente un establecimiento comercial, sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, tampoco se adecua a los principios y garantías constitucionales antes mencionados, máxime cuando la intervención que la norma asigna al magistrado es posterior, estando la medida en plena ejecución.

Es decir, en el plano fáctico las objeciones y defensas podrán articularse cuando ya se sufre la limitación impuesta por el órgano administrativo, pudiendo en algún caso de extrema demora tornarse abstractas por la misma limitación temporal contemplada en la ley. Es el ejercicio postergado de los derechos, el que produce una concreta vulneración de las garantías reconocidas en la Carta Magna.

IV. A mayor abundamiento, es de señalar que en el caso de autos, la diligencia que culminó con la cautelar cuestionada se llevó a cabo el 11 de mayo a las 11,15 hs., en un local denominado Tienda Nicolás, local 49 del predio Ferial Peatonal Morón, donde la empleada que atendía el lugar no pudo dar respuesta a ninguno de los requerimientos de los inspectores que, frente a tal circunstancia, dispusieron clausurar preventivamente el establecimiento, dejando constancia que se hizo saber al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2, Secretaría n° 6 de Morón, que fijó audiencia al responsable del local, para el día siguiente a las 08:00 hs.

Al concurrir a sede judicial, el titular del comercio Horacio Andrés Biturón acompañó la constancia de opción del régimen simplificado de donde surge la fecha de inicio de monotributo el 01-01-1999 y la constancia de pago del 25-4-11; también explicó el motivo por el cual no tenía las facturas en el lugar y acompañó una.

Se advierte claramente que los inspectores, ante la ausencia de conocimiento de la empleada del local,



asumieron la falta de inscripción del titular como contribuyente y sin constatar antecedentes procedieron a la clausura preventiva, la que, si bien fue revocada por el magistrado, se extendió por aproximadamente 24 hs.

Con lo expuesto resulta evidente el perjuicio que en el caso concreto produjo la postergación de la intervención judicial prevista en la norma, toda vez que la medida impuesta tuvo que ser soportada por el contribuyente, sin una previa revisión judicial y antes de poder ser sometido a un proceso administrativo como consecuencia de la constatación de la infracción por la que eventualmente podría haberse impuesto una sanción.

Todo ello, demuestra la clara vulneración a las garantías y derechos constitucionales antes reseñados.

Así las cosas, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR -por los fundamentos aquí expresados-el auto apelado, en todo cuanto fuera materia de agravio.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DR. JUAN MANUEL CULOTTA - DR. HUGO RODOLFO FOSSATI - DR. JORGE EDUARDO BARRAL