



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE MORON 3
FSM 35618/2018

///rón, 26 de marzo de 2018.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el presente sumario N° **FSM 35618/2018** del registro de la Secretaría N° 11 de este Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de Morón.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Las presentes actuaciones reconocen su origen en el procedimiento de verificación y constatación realizado por la Dirección Regional Mercedes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, el pasado 25 del corriente mes y año, a partir de las 2:10 hs., en el establecimiento comercial BELIEVE –local bailable-, sito en la calle Presidente Perón N° 3402 de la Localidad de Moreno, provincia de Buenos Aires, siendo atendidos por el Sr. Gabriel Ignacio Farioli quien se identificó como el encargado del lugar.

En la oportunidad, el ente recaudador, haciendo uso de las facultades que le confieren los artículos 33 a 36 de la Ley 11683, verificaron la ocurrencia de dos infracciones formales, en consonancia con las previsiones del artículo 40, incisos a) y g) de la Ley 11683.

Como consecuencia de tales verificaciones, el organismo recaudador, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 35 inc. f) de la mencionada normativa, procedió a clausurar preventivamente dicho establecimiento comercial.

Tras ello, remitió el sumario a esta instancia, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 75 de la normativa citada.

II.- Ahora bien, puesto a resolver sobre la procedencia del instituto que nos convoca, entiendo corresponde realizar un análisis de la norma legal que habilita su aplicación, el cual a criterio del suscripto desvirtúa la naturaleza jurídica de una medida cautelar para transformarse en una sanción inaudita parte, violatoria de las más altas garantías procesales como ser el debido proceso y la defensa en juicio, circunstancia inconcebible dentro un marco Constitucional.

La clausura preventiva, si bien se plantea como una herramienta precautoria, en la práctica constituye una sanción inmediata de carácter penal, que genera un grave perjuicio a los afectados; quienes ven vulnerados los derechos que se garantiza a todo sujeto al que se le reprocha una acción típica.



Siendo así, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 35 inc f) de la ley 11.683 por ser una norma contraria al debido proceso garantizado por el artículo 18 de la C.N..

Al respecto, y a fin de comprender los alcances y consecuencias de la normativa en análisis, en primer lugar es de destacar que la misma es un instituto que coloca en manos de los funcionarios de la Administración, la facultad de aplicar una sanción instantánea a partir de un procedimiento de constatación, en el que ellos mismos son los que evalúan si se reúnen las condiciones necesarias para su procedencia.

Si bien es cierto que el procedimiento plantea una revisión judicial, la misma es con posterioridad a que el obligado se vea alcanzado por la sanción, por lo que se pone de manifiesto que ante una involuntaria apreciación errónea de los elementos justificativos de su aplicación por parte del personal de la Administración, podría traer aparejado que un sujeto sufra un perjuicio en sus derechos fundamentales de ejercer una actividad lícita simplemente por no haber podido expresar su descargo en tiempo oportuno.

Existen principios procesales esenciales como son el de inocencia y debido proceso que se ven altamente vulnerados al otorgar facultades jurisdiccionales a un organismo administrativo, máxime cuando se genera una situación de prejuzgamiento, ya que el obligado, conforme la normativa, se presentará ante el Juez a expresar su descargo con posterioridad de haber sido sancionado.

El exceso de la sanción prevista en la norma en estudio, sobre todo si se tiene en cuenta que alcanza al incumplimiento de obligaciones formales, conlleva un perjuicio desmesurado en relación al cumplimiento que se exige al contribuyente.

Esencialmente no debe perderse de vista, que se trata de una sanción de carácter penal, que implica una privación del ejercicio de derechos individuales, que sólo puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales, en el marco de un procedimiento donde las partes puedan conocer detalladamente los hechos que se le imputan, los derechos que poseen y las pruebas que obran en su contra; para poder ejercer cabalmente su derecho de defensa.

No existen argumentos válidos para sostener que una medida de esta naturaleza deba ejecutarse de modo contrario al





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE MORON 3
FSM 35618/2018

derecho de la tutela judicial efectiva ni existe norma constitucional que avale tales atribuciones.

El cierre de un comercio es una sanción de gravedad dentro del régimen de la Ley 11683. Así, podemos apreciar que en el artículo 40 se otorgan una serie de garantías que se dejan de lado al aplicarla en forma preventiva, lo cual destruye la naturaleza jurídica del instituto transformándolo, directamente, en una sanción represiva.-

En tal sentido podemos decir que las facultades que el inciso f) del artículo 35 bajo examen, le asigna a la Administración Federal de Ingresos Públicos para decretar la clausura preventiva de establecimientos, son contrarias a nuestro ordenamiento jurídico ya que constituye una pena impuesta antes de dar al contribuyente la posibilidad de su descargo, lo cual no puede ser legalmente convalidado.

Siguiendo con el procedimiento previsto por la ley 11683, vemos que el artículo 75 dispone que el Organismo Recaudador deberá comunicar de inmediato al Juez Federal o en lo Penal Económico, según corresponda, 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 la originó. Con ello, se pretende garantizar “el derecho de defensa”; que a criterio de quien suscribe y conforme los argumentos esgrimidos, ya ha sido vulnerado.

Para el caso, resulta ilustrativo el precedente sentado en la causa “Bonelli, Gustavo y otro s/clausura preventiva” del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín de fecha: 26/3/2010 en la que se resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 35, inciso f), de la ley 11683 (t.o. 1998 y modif.) por cuanto resulta contraria al artículo 18 de la Carta Magna; sin dejar de mencionar otros fallos en los que se resuelve en igual sentido que el que aquí se sostiene: “Barolo, Guillermo A. c/AFIP - CFed. de Córdoba -14/11/2005” y “Yu Jian s. infracción - ley 11.683” del Juzgado Nacional de la Instancia en lo Penal Económico N° 3 del 24/5/1999”.

Siguiendo con tales argumentos, es intención del suscripto dejar en claro que aquella persona que ejerza una actividad en forma contraria a las obligaciones tributarias impuestas por ley debe ser sancionada, pero ello luego de que se hayan reunido todos



los elementos probatorios y mediante una resolución fundada recurrible ante el órgano jurisdiccional correspondiente, dejándose de éste modo incólume la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

Además el organismo recaudador se encuentra habilitado, a continuar la investigación administrativa -conforme el art. 35 inc f)-, por lo que sin perjuicio de lo que se resuelva en esta instancia, nada obsta que al comprobarse dentro del marco del debido proceso que el obligado se encontraba en infracción, pueda aplicársele oportunamente la sanción que corresponda, más ello, será luego de escuchar a la parte, abierta la causa a prueba y dictada la resolución en sede administrativa con revisión del órgano jurisdiccional.

Es por esta situación que resulta claro que la naturaleza jurídica del instituto que nos encontramos analizando y que se encuentra instituido en el artículo 35 inc. f) de la ley 11683, posee la inevitable consecuencia de castigar a una persona sin proceso previo, garantizado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Asimismo debemos destacar que la propia ley 11683 en su artículo 40, prevé supuestos para la aplicación de las sanciones conjuntas de multa y clausura; sin embargo, pese a su severidad, garantiza el debido proceso de ley con cuidado manifiesto en el mantenimiento de las garantías constitucionales (confr. arts. 41 y 77, L. 11683).

Finalmente cabe mencionar, que en supuesto similar, la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sostuvo 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." ("Biturón, Horacio Andrés S/Clausura Preventiva. Sala I, Sec. Penal I C.F.A.S.M.).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL EN LO CRIM. Y CORR. DE MORON 3
FSM 35618/2018

En merito a lo expuesto, se entiende corresponde y es que así,

RESUELVO:

I. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 35°, inc. f), DE LA LEY 11.683 (t.o. 1998 y modificatorias), en cuanto permite clausurar preventivamente un establecimiento, en la presente causa N° **FSM 35618/2018** del registro de la secretaria N° 11, por cuanto resulta contraria al art. 18 de la Carta Magna y en consecuencia **ORDENAR EL INMEDIATO LEVANTAMIENTO DE LA CLAUSURA IMPUESTA** sobre el comercio denominado **BELIEVE**, sito en la calle **Presidente Perón N° 3402 de la Localidad de Moreno, provincia de Buenos Aires.-**

Notifíquese.

Ante Mí:

En igual fecha se libró cédula de notificación electrónica a la A.F.I.P. Conste.

