



AUTOMOTORES BONELLI

(Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 2 de San Martín, Causa 5.222, 26 de marzo de 2010)

San Martín, 26 de marzo de 2010.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente **causa Nº 5.222** del registro de la secretaría Nº 6 de este Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 2 de la ciudad de San Martín.

Y CONSIDERANDO:

I. Que, las presentes actuaciones se iniciaron, el día 25 de marzo de 2010, siendo aproximadamente las 12:00 horas, a raíz de una comunicación telefónica efectuada por la Dra. Cecilia Jorge, abogada de la Administración Federal de Ingresos Públicos, quien informó que se había efectuado un procedimiento de clausura preventiva en un local sito en la localidad de Villa Ballester, Partido de San Martín, solicitando una fecha de audiencia para el contribuyente en los términos del art. 75 de la ley 11.683.

II. Elevadas que fueran las actuaciones, se desprende que el día mencionado, siendo las 11:45 horas, funcionarios de la agencia recaudadora, se constituyeron en el domicilio del establecimiento comercial sito en la Av. 9 de Julio Nº 4429 de Villa Ballester, Partido de San Martín, con cartel identificatorio "Automotores Bonelli desde 1989", donde se efectúa la actividad de venta de automóviles, siendo atendidos por el Sr. Gustavo Bonelli, quien manifestó ser socio de Juan Carlos Bonelli, con el cual mantiene una sociedad de hecho, inscrita bajo el CUIT Nº 30-70768528-6.

Asimismo, que en el marco de dicha inspección, el contribuyente manifestó que no poseía facturas o documentación equivalentes para emitir por las ventas que efectuaba en el local. Ante ello, el personal interviniente constató la infracción a los incisos a), d) y e) del art. 40 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modificaciones) razón por la cual procedió a clausurar preventivamente el lugar haciendo uso de las previsiones del art. 35 inc. f) y 75 de la misma normativa administrativa.

III. Que, en el día de la fecha se llevó a cabo la audiencia prevista en dicho ordenamiento con el Sr. Gustavo Bonelli, titular del D.N.I. Nº 22.386.646, asistido por su letrada Dra. Alicia Gloria Caggiano en la que el nombrado efectuó su descargo y aportó documentación en respaldo de sus dichos.



De allí se desprende que con fecha 11 de febrero de 2010, funcionarios de la AFIP ya habían efectuado una inspección previa en el local comercial, circunstancias en las que el contribuyente aportó una factura N° 0001-00000027 que reza "anulada para verificar Res. Gral. 1415/03 y sus modificaciones entregado en conformidad". Asimismo, aportó copias certificadas de dos comprobantes de pago en concepto de monotributo emitidos por el Banco: Citibank, sucursal 0001 de fecha 10 de marzo del corriente año, correspondiente a los períodos 02 y 03 de 2010, ambos por la suma de \$179.20, lo cual, además, fue puesto en conocimiento de la AFIP ese mismo día por el contribuyente, tal como surge de una nota aportada por Bonelli.

IV. Que, por los argumentos que a continuación se declarará la inconstitucionalidad del art. 35, inc. f) de la ley 11.683 (t.o. 1998) por ser contraria al art. 18 de la Constitución Nacional y se resolverá ordenar el levantamiento en forma inmediata, de la clausura preventiva impuesta por la AFIP.

A modo introductorio resulta adecuado realizar una rápida síntesis histórica sobre la sanción de "clausura preventiva" que la agencia recaudatoria intentó aplicar sobre el comercio sito en la Av. 9 de julio N° 4429 de la localidad de Villa Ballester, Partido de San Martín Provincia de Buenos Aires.

En primer término, recuérdese que la clausura preventiva, como todas las demás sanciones previstas en la Ley 11.683 de Procedimientos Tributarios, reviste un carácter eminentemente penal (ver causa: "Lapiduz, Enrique c. DGI Acción de Amparo", C.S.J.N., fallo de fecha 28/04/1998 y el más cercano, emitido por el Juz. Nac. en lo Penal Económico N° 3, dictado en los autos: "Yu Jian, s/inf. Ley 11.683", de fecha 24/05/1999).

Este especial carácter punitivo, determina la necesidad de respetar irrestrictamente todos los principios, derechos y garantías que emanan no sólo del ámbito del Derecho Penal sino también del Derecho Internacional incorporado por el Art. 75, inc. 22 de la C.N. (en igual sentido ver C.S.J.N. Fallos 329:1053 "Cristalux S.A. s/infra. Ley 24.144).

Con anterioridad a la existencia de este mecanismo de muy dudosa constitucionalidad –al menos como hoy se encuentra redactado–, la DGI recurría forzosamente a la Ley de Abastecimiento N° 20.680 que admitía la posibilidad de clausurar preventivamente al establecimiento en infracción (art. 12, inc. "c"). La experiencia judicial derivada de esta permanente aspiración del Organismo Recaudador fue constantemente negativa, consagrándose la nulidad e inconstitucionalidad de los respectivos procedimientos ("Valenti Especialidades", 2/4/93; "K.H.M.", 23/04/93. Ambos de la sala A de la CNPE; "Elías Jalife",



25/06/92, sala I, CNPE; "Bariloche S.R.L.", 19/03/92 y "Quintana y Testa S.A.", 09/06/92, ambos de la sala II de la CNPE, etc.).

Sin embargo, no era ése el único instrumento con que contaba la DGI para llegar a esa fulminante sanción, ya que el día 13/04/92 se publicó en el Boletín Oficial la Ley 24.073, que entre otras disposiciones facultó al funcionario público, bajo ciertas condiciones, a disponer también la clausura inmediata. Esta disposición, donde la clausura no se concebía como una cautelar sino como una sanción, fue muy criticada por la doctrina especializada (Spisso, Rodolfo, "Interés público o detournement de pouvoir?", DTE, t. XI, pág. 660; BELTRAN, Jorge, "Clausura por omisión de facturar". DTE, t. XII, pág. 270, etc.) y la DGI ni siquiera intentó implementarla.

Más tarde, dicha clausura fue formalmente derogada por el art. 16 de la Ley 24.765, que la reemplazó por la clausura -preventiva-, donde ya el legislador intenta que adquiera el carácter de medida cautelar, de la misma forma que hoy se encuentra redactada en el art. 75 de la ley 11.683.

Sin embargo, repárese que las medidas cautelares tienen como objetivo fundamental asegurar el cumplimiento de decisiones judiciales definitivas para que éstas no se tornen inocuas o meramente declarativas (Carnelutti, Francesco, - Instituciones de Derecho Procesal Civil-, Bs. As., Ejea, año 1959, t. I, pág. 86) o, eventualmente, tratándose del ejercicio del poder de policía estatal, impedir la continuación de comportamientos que puedan poner en peligro la salubridad pública o los procesos económicos críticos.

Ante ello, resulta claro que la naturaleza jurídica de la clausura preventiva instituida en la Ley 11.683, en el marco de las potestades de fiscalización tendientes a establecer el cumplimiento de los contribuyentes a sus obligaciones tributarias materiales, se encuentra fuera del contexto cautelar mencionado y posee el inequívoco propósito de sancionar a una persona sin proceso previo contrariando en forma manifiesta, el contenido del art. 18 de la C.N.

En esa inteligencia, adviértase que dado la ejecutividad de la sanción dispuesta, si bien es revisable judicialmente, la ejecución inmediata de la clausura lleva a que en definitiva las resoluciones que se decidan al respecto, sea en sede administrativa o judicial, se tornen abstractas e ilusorias ya que en concreto hasta el dictado de la resolución judicial que resuelva en definitiva, la clausura se ya se habrá efectivizado y el perjuicio a la persona cometido (en igual sentido ver Cámara Federal de Córdoba "Barolo, Guillermo A. c/AFIP de fecha 14/11/2005).



Además, destáquese que en el caso concreto la Agencia Federal de Ingresos Públicos no sólo no intentó siquiera destacar los motivos que la llevaron a adoptar tal temperamento sino que, antes bien, el contribuyente ya había comenzado a regularizar su situación tributaria y, aún de detectarse alguna falencia administrativa ello podría y debería haber sido tramitado conforme el art. 40 y concordantes de la ley 11.683.

Ello, conlleva inexorablemente a descartar toda la naturaleza cautelar de la clausura en el caso concreto y, una vez más, demuestra la gran discrecionalidad arbitraria que puede aparejar esta norma motivada exclusivamente en fines recaudatorios.

En consecuencia en el caso concreto, el suscripto no comparte por contraria al texto constitucional, la solución contenida en los arts. 35 inc. f) y 75 de la Ley 11.683 (t.o. en 1998) ya que se estaría dejando en manos de otro Poder el ius puniendi, el cual se debe apoyar exclusivamente en cabeza del Poder Judicial, lográndose así un adecuado equilibrio en resguardo de la forma Republicana de Gobierno.

Con esta solución se logra un efectivo predominio del derecho de defensa en juicio y del principio de división de poderes.

Es oportuno citar, en concordancia con lo aquí sostenido, que toda la doctrina académica especializada en la materia, opina en el mismo sentido ("La clausura impositiva", Bertazza y Díaz Ortiz, Ed. Errepar, año 1997, pág. 103; "La clausura en materia tributaria", Álvarez Echagüe, Ed. Ad-Hoc, año 2002, pág. 213; Díaz, Vicente, "Límites al accionar de la inspección tributaria y derechos del administrador", Ed. Depalma, 2da. edición año 2001, pág. 119; "Clausura impositiva", Giangreco, Ed. La Ley, año 2002, pág. 85).

En consecuencia, a criterio del suscripto, el instituto de la "Clausura Preventiva" en su redacción actual, denota una palmaria contradicción con los valores republicanos expuestos, que debe ser aniquilada con la inconstitucionalidad de la normativa que la contiene. Esta facultad judicial, es una obligación impuesta a los jueces con carácter imperativo e ineludible y que deben materializar en sus pronunciamientos (C.N.S.S., sala I, Sent. N° 97226, de fecha 27/02/2002, autos: "Abasto, Ángel Leónidas c. A.N.Se.S.").

En mérito a lo expuesto, se entiende corresponde y es que se;

RESUELVE:

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 Nº 5.222 del registro de la secretaría Nº 6, por cuanto resulta contraria al art. 18 de la Carta Magna.

II. ORDENAR EL INMEDIATO LEVANTAMIENTO DE LA CLAUSURA IMPUESTA sobre el comercio sito en la Avda. 9 de Julio Nº 4429 de Villa Ballester, Provincia de Buenos Aires, lo que deberá ser llevado a cabo por agencia interviniente de la AFIP, en el día de la fecha, debiendo asimismo, comunicar el cumplimiento de la medida en forma inmediata al tribunal. A tal fin, líbrese cédula de urgente diligenciamiento.

III. Notifíquese y regístrese.

Fdo: Juan Manuel Yalj, Juez Federal 