

La Clausura Preventiva de la Ley de Abastecimiento: consideraciones sobre su irrazonable aplicación

Romina Cecilia Bruno

Alumna de la Especialización en
Derecho Penal y Criminología
Cátedra Derecho Penal de los Negocios
a cargo del Dr. Ramiro Pérez Duhalde

1) Introducción

El presente trabajo tiene como fin desarrollar algunas consideraciones en torno al instituto de la clausura preventiva reglada en el art. 12 inc. e) de la ley de Abastecimiento (ley 20.680). El artículo mencionado prevé lo siguiente:

Art. 12.- Para el cumplimiento de su cometido, los funcionarios actuantes podrán: ... e) Clausurar preventivamente hasta por tres (3) días los locales en los que se hubiere constatado la infracción, cuando ello fuere indispensable para el mejor curso de la investigación o si existiere riesgo inminente que se continúe cometiendo la infracción. Este plazo podrá ser prorrogado hasta un máximo de treinta (30) días por resolución fundada de la autoridad de aplicación.”

La interpretación y consiguiente aplicación de este instituto han traído aparejadas una serie de dificultades y confusiones –deliberadas o no- respecto a su naturaleza jurídica, los fines que protege, las condiciones y requisitos que debe cumplir, etc.

Se suma al panorama descripto, la circunstancia de que la ley 20.680 ha sido cuestionada desde su sanción –en 1974- no solo por tratarse de una ley de emergencia –que ha cobrado vigencia en nuestros días, conforme lo dispuesto por la ley 25.561 y el decreto 496/02- sino por su deficiente técnica legislativa y los consecuentes problemas que ha suscitado su aplicación.

En este trabajo no se intenta agotar el tema en cuestión, pero sí al menos realizar un análisis de este controvertido instituto que quizás parecía olvidado pero que tiene hoy una importante actualidad.

Destaco que la confección del presente está basada muy especialmente en la jurisprudencia recopilada sobre esta temática, la cual pertenece mayoritariamente a las distintas Salas de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, que se han expedido en el

marco de numerosos amparos –como segunda instancia- , dando lugar a una numerosa y valiosa doctrina jurisprudencial.

2) Clausura: distintos tipos

Se entiende como clausura –en sentido amplio- la cesación, o suspensión, del ejercicio de una actividad, ya sea comercial o industrial de cualquier tipo. La clausura recae sobre el local o establecimiento donde se ejerce la actividad que dio margen a la sanción.

Antes de referirme a la clausura preventiva del art. 12 inc. e) de la ley 20.680, que será objeto de análisis en este trabajo, considero necesario mencionar las distintas formas de regular el instituto de la clausura que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo a Edwards

podemos decir que la clausura ha sido tradicionalmente un instituto propio del derecho administrativo, fundamentalmente en materia contravencional; sin embargo, pueden distinguirse nítidamente dos tipos de clausura: provisional y definitiva.

La primera –clausura provisional- tiene por finalidad evitar que se continúe consumando la contravención, y funciona como una especie de medida cautelar, con el objeto de interrumpir los efectos antijurídicos de la infracción.

La segunda –clausura definitiva- a diferencia de la clausura provisional, tiene la naturaleza jurídica de una verdadera pena, y se aplica cuando se viola una norma administrativa; no opera a fin de evitar la continuación de la infracción, sino, por el contrario, como castigo a la contravención ya consumada.

En este segundo grupo ubicamos a la clausura tributaria; reglada por el art. 44 de la ley 11.683, que prescribe que se clausurarán por tres días los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios o de servicios que incurran en alguno de los hechos u omisiones que enuncia ese artículo, es decir, la no emisión de facturas, no llevar registraciones, o no inscribirse como contribuyente o responsable. Dicha clausura será dispuesta por el juez administrativo, previa realización de una audiencia de descargo.

3) La clausura del art. 12 inc. e) de la ley 20.680

La clausura preventiva del inciso e) del art. 12 de la Ley de Abastecimiento, parece estar comprendida –al menos prima facie- en el primero de los grupos mencionados.

Sin embargo, si bien está legalmente prevista como medida cautelar, su utilización práctica en muchos casos desatiende esa naturaleza precautoria, como se analizará a continuación.

Se ha dicho respecto de la aplicación de la clausura preventiva de la ley de abastecimiento que "...se está ante el riesgo de la utilización de la rigidez del proceso como objetivo en sí mismo, por supuesto ajeno al instrumental recaudo de la utilidad en materia cautelar. La utilidad de las medidas precautorias no ha de exceder la real necesidad de aseguramiento, sea real o personal. Ninguna razón de retribución, prevención general o especial puede ser admitida para justificar una medida preventiva como la clausura, que afecta tanto el derecho de propiedad como el de comerciar libremente..."

A su vez, otros pronunciamientos judiciales dejan de lado la denominación legal, considerando a la clausura del art. 12 inc. e) directamente como una sanción o pena.

Se ha resuelto que "...no puede aceptarse que se aplique, como mera norma de procedimiento, una verdadera sanción penal como es la clausura. Ello es así pues implica una limitación de la explotación de un establecimiento comercial, por un lapso de 3 días, lo cual sólo por un eufemismo puede no considerarse como una efectiva pena ya que limita el ejercicio de un derecho so pretexto de una eventual infracción a la normativa vigente. Téngase en cuenta, además, que el tiempo de duración de cualquier proceso judicial, aún el más rápido, tendiente a hacer cesar la medida, tiene una duración mayor que la propia clausura lo cual reafirma que ella en realidad se efectiviza como pena..."

También puede citarse en este mismo sentido el fallo "Laboratorios Oftalmológicos Argentinos, S.A."

En este caso, en realidad la postura señalada fue la del "a quo", al admitir los agravios de la actora por entender que se estaba sometiendo a la empresa en cuestión a la aplicación de sanciones previas a la resolución de los sumarios administrativos, en tanto advirtió que a su juicio se trataría de una actividad sancionatoria y no preventiva la que se cuestiona como arbitraria (argumento citado por la Cámara en el considerando I). En cuanto a lo resuelto por la Cámara, esto es la revocación de la resolución que hacía lugar al amparo, fue duramente cuestionada por la doctrina en éstos términos: "...por defecto de posicionamiento filosófico-jurídico frente al caso, el razonamiento del tribunal fue inverso: si no se demuestra arbitrariedad, se trata de ejercicio regular de facultades legales. Nosotros por el contrario sostenemos la tesis inversa: si no se demuestra la necesidad de la cautela para el caso concreto, ésta es excesiva y su mera reiteración antojadiza la tacha de arbitraria, resultando a la postre en la aplicación de una pena previa a la sentencia. El mismo lenguaje de la Cámara denota el defecto apuntado cuanto califica a las clausuras preventivas impugnadas como la respuesta del Estado a la actitud del

sumariado. Pues bien, insistimos que la única respuesta jurídica a la violación de un precepto legal, debe ser la pena, jamás la cautela previa a la declaración firme de la voluntad de la ley en la sentencia”.

Podría también tomarse en cuenta al respecto el argumento esgrimido en la causa “Valenti Especialidades” por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico , en cuanto se dijo que la aplicación de la normativa de la ley 20.680 “choca con la cláusula constitucional que consagra el derecho de defensa en juicio y resguarda, implícitamente, la potestad del Poder Judicial en la imposición de sanciones”. En el caso se trataba de la aplicación del art. 16 in fine, que limita la apelación contra la clausura al sólo efecto devolutivo, privando a tal recurso de toda eficacia frente a la índole de la sanción aplicada: la clausura temporal de un local de comercio. Este argumento, mutatis mutandi, resulta aplicable también a la clausura preventiva del art. 12 inc. e).

Como puede observarse de la lectura de los fallos reseñados, pareciera que la clausura preventiva de la Ley de Abastecimiento ha sido interpretada o aplicada más como una sanción que como una medida cautelar. Más adelante se volverá sobre este punto, y se analizará qué caracteres debe reunir para establecer si se trata, al menos, de una sanción legítima. Pero antes de seguir con el análisis de los usos que de este instituto ha hecho la jurisprudencia, es necesario explorar el contexto histórico en el que surge la ley que lo regula –ley 20.680-, para así comprender los fines que ésta persigue y deslindarlos de aquellos que quedan fuera de su ámbito de protección.

4) La Ley de Abastecimiento 20.680: antecedentes normativos y fines de la misma

Para analizar correctamente la clausura preventiva regida por el art. 12 inc. e) de la ley 20.680, resulta conveniente analizar los fines y bienes jurídicos que esta ley protege, para lo cual, a su vez, es necesario hacer una breve reseña de los antecedentes históricos de esta normativa.

4.a) Antecedentes Normativos

La primera Ley Nacional de Abastecimiento que rigió en nuestro país fue la 16.454, sancionada el 7 de febrero de 1964

. Su fin fue “promover el normal abastecimiento y distribución en condiciones de calidad y precios razonables, de todos los bienes y servicios económicos que afectan las condiciones de vida de la población, para la defensa del consumo y crecimiento efectivo de la producción”

Esta ley creaba la Dirección Nacional de Abastecimiento, dependiente de la Secretaría de Estado de Comercio, con una variada y amplia gama de facultades que le permitían investigar, vigilar y promover, por todos los medios, lo conducente a la producción, industrialización, comercialización y transporte de los productos.

También creaba –en jurisdicción del Ministerio de Economía- el Consejo Nacional de Abastecimiento.

Esta normativa preveía la declaración, en determinadas circunstancias, del estado de emergencia económica en todo o en parte del territorio del país.

Posteriormente –18 de noviembre de 1966- se dictó la ley 17.017, que derogó la anterior, disolvió la Dirección Nacional de Abastecimiento y encomendó a la Secretaria de Estado de Industria y Comercio la vigilancia de los procesos de producción, comercialización y distribución para evitar la fijación arbitraria de precios.

Su artículo 10 declaró a la ley de orden público y le confirió vigencia hasta el 31 de diciembre de 1967.

Con motivo de esta ley fueron dictados numerosos decretos tendientes a regular la producción, la distribución y el consumo, estableciéndose también precios máximos.

La ley 17.577, dictada el 26 de diciembre de 1967, prorrogó la vigencia de la ley 17.017 hasta el 30 de abril de 1968.

El 29 de abril de 1968 se promulgó la ley 17.724. En el mensaje que la acompañaba se dijo que “la situación del mercado hace necesario que el poder público siga contando con un instrumento legal que le permita vigilar los procesos de producción y distribución de bienes y servicios de uso común y generalizado por parte de la población, para propiciar si fuere necesario, el dictado de normas que frenen excesos. Ello no resulta contradictorio con la política que se ha trazado el Gobierno nacional, persuadido de que las actividades económicas deben desarrollarse enmarcadas en el sistema de libertad de empresa, pero es menester asegurar una auténtica competencia, correctos usos comerciales, evitar especulación...”

Su artículo 1 disponía que regiría “con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios y sus materias primas, con destino a la salubridad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualesquiera otros que satisfagan necesidades comunes de la población”. Como bien señala Pagano

se ampliaba de esta manera el contenido protector, por cuanto la ley sustituida aludía a necesidades vitales, concepto por lo demás impreciso y de difícil determinación.

En el artículo 2 se establecía que “los procesos de producción, comercialización y distribución serán vigilados a efectos de prevenir y evitar la fijación arbitraria de precios y toda clase de prácticas nocivas restrictivas de la libre competencia”, facultando al Poder Ejecutivo para adoptar una serie de medidas a tal fin.

Esta ley tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1970. Luego fueron dictadas las leyes 18.597, 18.947 y 19.203, con textos bastante similares a las anteriores.

El 10 de septiembre de 1971 se sancionó la ley de emergencia –según lo establece su propio texto- 19.230, que resolvió establecer precios máximos y márgenes de utilidad respecto de los bienes y servicios contemplados en la ley 17.724.

La ley 19.283, del 5 de octubre de 1971, perfeccionó el texto de la anterior y reglamentó la forma en que el Poder Ejecutivo daría curso a las solicitudes de aumentos de precios.

La ley 19350, del 30 de noviembre de ese año, autorizó el traslado del aumento de costos de bienes y servicios, a los precios.

Cabe señalar que ninguna de las leyes citadas preveía la institución de la clausura preventiva, con el alcance de la normada por el actual artículo 12 inc. e) de la ley 20.680. Solo la ley 19.230 contenía un instituto similar, al conferir a la autoridad de aplicación, cuando esta constatará la violación de los límites fijados a los precios y márgenes de utilidad, la facultad de “clausurar el local en donde se hubiere producido el acto u omisión, colocando en lugar visible leyendas que indiquen la causa de la decisión, pudiendo el infractor retirar de inmediato los bienes percederos, siempre que no constituyan elementos de prueba indispensables”, pudiendo además “desarrollar la actividad o prestar los servicios que habitualmente se cumplían en el local o establecimiento clausurado, por sí o por intermedio de terceros” (art. 5). Al respecto, la nota de elevación del proyecto de dicha ley al Presidente de la Nación decía que “los art. 5º y 6º tratan las medidas de policía que aplicará la Administración pública para asegurar el cumplimiento de los límites impuestos, el abastecimiento de bienes y la prestación de servicios, evitando cualquier abuso en los sistemas de comercialización”.

Finalmente, el 20 de junio de 1974 se sancionó la ley 20.680, la cual a pesar de que su texto fue modificado en numerosas oportunidades, sigue vigente hasta nuestros días.

4.b) Bien jurídico tutelado y fines de la ley 20.680

Frente a toda ley es importante desentrañar qué fines la inspiraron y qué bienes jurídicos

protege: “Es el legislador quien determinará que un bien o valor, por la significación e importancia que reviste para la comunidad, merece tutela, transformándose así en un bien jurídico protegido; consecuentemente, todas las conductas que lo afecten estarán sujetas a una pena. El legislador, con sentido valorativo y receptando una necesidad política, económica, social o cultural, considerará que un bien requiere tutela, determinando típicamente las conductas que afecten a ese bien y las penas con que se reprimen tales acciones”

En el caso de la ley 20.680, su artículo 1 es el que permite determinar su ámbito de protección, al establecer que “La presente ley regirá con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios -sus materias primas directas o indirectas y sus insumos- lo mismo que a las prestaciones –cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado- que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga –directa o indirectamente- necesidades comunes o corrientes de la población. El ámbito de esta ley comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directa o indirectamente a los mismos”

Jaime Malamud Goti, en un análisis del aspecto sancionatorio de esta ley – contemporáneo al momento de su sanción- asigna particular importancia al artículo citado, el cual –según señala- “habrá de importar necesariamente el punto de partida en la tarea de interpretar el alcance de los tipos penales” establecidos en la ley. En efecto, “de dicho art. 1º se desprende que el contenido material de cada una de las prohibiciones enunciadas más abajo está vinculado a la escasez resultante de la inadecuada producción, comercialización o prestación de todos los productos de plaza que no sean estrictamente suntuarios, dado que la ley hace referencia a las necesidades `corrientes o comunes de la población`, pero incluye dentro de dicho concepto entre otras cosas el deporte y el esparcimiento –lo que no es `común`-. De acuerdo a esa idea sólo cabría marginar de las industrias y operaciones previstas por la ley aquellas que importen un verdadero lujo”

En cuanto a la vinculación de esta normativa con sus antecedentes, comenta brevemente este autor que “la legislación sobre el agio y la especulación tuvo sus orígenes en el año 1939 como un supuesto régimen de excepción, cuya finalidad era la de proteger el acceso de los habitantes a los productos y servicios en períodos de escasez. En lugar de

regulaciones económicas de fondo este régimen llamado de emergencia se ha mantenido en forma prácticamente ininterrumpida hasta el presente. Su evolución se caracteriza, en líneas generales por la agravación paulatina de las penalidades previstas, como así también por la ampliación gradual del ámbito de la prohibición (las conductas incriminadas).”

De todo lo dicho, se puede concluir entonces que el fin de la ley 20.680 –en otras palabras el bien jurídico que ella tutela- es la protección de las necesidades de la población, en relación con los bienes enumerados en el art. 1, a fin de evitar su escasez y asegurar el normal abastecimiento de esos bienes y servicios.

La importancia de delimitar las finalidades de la ley radica en que toda su normativa está impregnada de ellas. Es sumamente valioso tener esto en cuenta, por ejemplo, al momento de estudiar y aplicar la clausura preventiva (art. 12 inc. e). Ya lo ha señalado la jurisprudencia, en estos términos: “la atribución de que se trata es una cautela precautoria prevista para situaciones de verdadera emergencia como puede serlo la escasez de artículos de abastecimiento imprescindibles o bien puede adoptarse en forma muy excepcional para el mejor curso de la investigación...” por lo cual se continúa diciendo “que la mera infracción de reglamentaciones que establecen la forma de instrumentar las operaciones comerciales no puede de ninguna manera constituir un riesgo de la antedicha magnitud ni requiere de ninguna clausura para el buen curso de la investigación” y que “las sanciones que puedan corresponder por las presuntas infracciones incurridas por el solicitante del amparo pueden ser aplicadas con toda la severidad que resulte apropiada, una vez que se lo haya escuchado y juzgado responsable, sin necesidad de cautelas exageradas y de consecuencias irreparables”

5) Distinción con la ley 11.683

1) En virtud de lo anteriormente expuesto, cabe ahora realizar una precisa distinción entre la ley de Abastecimiento y la ley de procedimiento tributario -ley 11.683-.

Esta última ley se distingue claramente de la 20.680 por el diferente bien jurídico protegido, que consiste en “la función de verificación y fiscalización del organismo fiscal con relación a los contribuyentes y demás responsables, a fin de percibir los tributos correspondientes”

Se ha dicho también que “el bien que la ley protege, son las facultades de fiscalización y verificación del fisco que dicta normas reglamentarias de cumplimiento universal y obligatorio para acceder a la información que permita, ulteriormente, determinar el fiel

cumplimiento de la obligación tributaria material por parte de los contribuyentes y responsables.”

Cabe mencionar que, conforme lo analiza Edwards, a partir del fallo “Mickey” la Corte Suprema no ha limitado el alcance de la norma fiscal únicamente a la protección del bien jurídico señalado, sino que ubicó a la normativa tributaria en un contexto que trasciende la finalidad recaudatoria, convirtiéndose así en un pilar fundamental para el funcionamiento del sistema económico. Así, en el voto de la mayoría en el mencionado fallo, se afirmó que “la ley fiscal no persigue como única finalidad la recaudación fiscal, sino que se inscribe en un marco jurídico general, de amplio y reconocido contenido social, en el que la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes.”

Se trata entonces de una “finalidad trascendente [que] tiene por objetivo lograr el correcto y justo funcionamiento del sistema económico, a efectos de erradicar situaciones de iniquidad generadas entre los contribuyentes que cumplen fielmente sus deberes formales, frente a aquellos que eluden su responsabilidad impositiva operando en la economía marginal.”

6) Una práctica muy común: la aplicación de la ley 20.680 con fines fiscales

En forma paralela y en íntima relación con esta mencionada trascendencia y sobredimensión que se ha conferido a las funciones recaudatorias en nuestra economía, se ha dado un fenómeno muy generalizado: la aplicación de la ley 20.680, en general -y de la clausura preventiva que nos ocupa, en particular- con fines fiscales, es decir, excediendo los fines que ha tenido en miras el legislador al momento de sancionar esta normativa. Esta aplicación desvirtuada de la ley 20.680 ha generado, además, graves violaciones a garantías constitucionales tales como la defensa en juicio y al debido proceso (art. 18 de la C.N.).

Sucede que como normativa complementaria al régimen de la ley 11.683 –ley de procedimiento tributario-, el Ministerio de Economía, por resolución 913/91, declaró aplicable la Ley de Abastecimiento 20.680 a las infracciones por falta de facturación, permitiendo la aplicación inmediata de la clausura preventiva (art. 12 inc. e). Se ha señalado críticamente al respecto que esta ley -20.680- “...es a todas luces improcedente en su regulación para aplicar sanciones por infracciones formales” ya que “sólo habla de facturación y no de registración, por lo que la Resolución General 3419, que establece los requisitos formales no puede ser aplicada con el juzgamiento de ese régimen. Tampoco la

materia regulable ni la autoridad de la Secretaría de Comercio pueden ser suplidas por una simple resolución ministerial 913, cuando hay un específico proceso reglado por este art. 44, y siguientes, de la ley 11.683...”

A ello hay que agregar que se estaría dejando de lado un procedimiento –el de la ley 11.683- que resguarda debidamente las garantías constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso, para aplicar una medida que se denomina “preventiva”, que es decidida por el funcionario que practica la inspección y se hace efectiva en ese mismo momento, como una sanción. Esto ha ocasionado numerosos amparos –única vía por la cual se pretende obtener algún tipo de respuesta a frente a la aplicación de clausuras “preventivas”, ya que no existen recursos ordinarios que resulten efectivos ante la inmediatez de la medida.

En este sentido, es muy ilustrativo y categórico lo resuelto por la Cámara Nacional en lo Penal Económico –Sala I- en el precedente “Jalife, Elías” en cuanto a que “...no es verdad, pese a lo que dice la representante de la Secretaría de Industria y Comercio, que la intervención de dicho organismo se debió al cumplimiento de las finalidades de la ley 20.680. Prueba de ello, es que la infracción que se pretendió constatar en el acta original labrada en el local de la accionante está prevista en una resolución de la Dirección general Impositiva dictada como norma reglamentaria del régimen legal de facturación. Es así que la res. 913/91 (M. E. Y O. Y S. P.) sólo evidencia el propósito de acordar intervención al organismo de aplicación de la ley 20.680, a efectos de poder aplicar la medida cautelar contemplada en el art. 12 inc. “e” de dicha ley, pretendiéndose así obviar el procedimiento entonces vigente, que acordaba al presunto infractor al régimen tributario de la ley 11.683 y sus reglamentaciones, oportunidad de ejercer su defensa y recurrir ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal Económico, suspendiéndose hasta que éstos se expidieran, la aplicación de la medida de clausura, la que pese a que pueda ser denominada como una medida cautelar, causa un perjuicio irreparable si su aplicación es inmediata. Puede afirmarse sin temor a equivocarse que este es el único propósito que guió el dictado de la res. 913/91 antes mencionada, cuando dentro del régimen aplicable por la Dirección General Impositiva, existía un procedimiento reglado que respetaba las garantías tuteladas por los arts. 14, 17, 18, 28 y 95 de la Constitución Nacional”.

Por lo demás, se ha dicho que “debe tenerse en cuenta que cuando la ley 20.680 prevé la tutela del abastecimiento a partir de la facturación, lo hace con la descripción de la específica figura del art. 4º, inc. i), que alude a la “no entrega” de la factura reglamentaria. La creación de un tipo ampliatorio por resolución y al amparo de lo que

dispone el art. 2º de la ley citada, permite sostener serias dudas sobre la constitucionalidad de la resolución 913/91, que en definitiva conduce a la modificación de un tipo legalmente establecido. Es razonable la previsión del legislador de dar tutela al abastecimiento exigiendo “entrega” de factura. Ello es de utilidad cuando existen precios máximos que respetar y mercados marginales que combatir. Agregar a ello el control formal de la manera en que se documentan operaciones, es un objetivo netamente fiscal, y que extiende el alcance del tipo infraccional citado, poniendo en crisis el principio de legalidad que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional.”

En similar sentido, la Sala 3ra. de la Cámara Nacional en lo Penal Económico tiene dicho que “...se ha sostenido en múltiples ocasiones similares a la presente –clausuras preventivas de comercios, impuestas por la Secretaría de Industria y Comercio haciendo uso de atribuciones que la ley confiere a dicho organismo, pero apuntando a supuestas infracciones tributarias que caen bajo la competencia de la Dir. Gral. Impositiva- que estos actos administrativos resultan contrarios al principio de coherencia, controvierten una elemental equidad y ante todo son ilegítimos, toda vez que mediante un ritual establecido en un plexo legal se pretende remediar falencias que el comercio pudiera presentar en relación a otra normativa cuya aplicación compete al organismo recaudador...” y se agrega que “...de haberse aplicado las disposiciones correspondientes, se habría iniciado un sumario rodeado de todas las garantías legales de defensa, y no se hubiera dispuesto de manera arbitraria y por aplicación de una norma ajena, la clausura preventiva del comercio con el consiguiente perjuicio que ello acarrea (...). Debe sumarse a lo dicho que entiendo que la aplicación simultánea de los regímenes contenidos en la ley penal tributaria y la ley de Abastecimiento podrían dar lugar eventualmente a un doble juzgamiento sobre un mismo hecho, que resultaría violatorio del principio non bis in idem, de antigua raigambre constitucional en nuestro sistema normativo...”

Otro fallo también critica esta desvirtuada aplicación de la clausura preventiva en estos términos “...la lectura de todo su articulado convence que la ley 20.680 fue prevista, debatida, estructurada y promulgada con el único fin de garantizar el debido abastecimiento de cualquier bien mueble o servicio contemplado en su art. 1º, en tanto `satisfaga –directa o indirectamente- necesidades comunes o corrientes de la población. Es más, ningún tramo de sus disposiciones autoriza a pensar que se tuvo en mira el mantener la igualdad entre quienes concurren a competir en el mercado, cual si se tratara de asegurar la lealtad comercial. Por el contrario, todo indica que su específica regulación apuntó a enfrentar situaciones de real emergencia económica derivada del faltante de

recursos críticos cuya prestación era requerida cotidianamente por la gente al tiempo de su sanción...” y luego se agrega que “la propia mención que se hace de la misma infracción detectada como indicio de evasión fiscal (extremo que en la actual coyuntura económica involucra un verdadero problema nacional de insoslayable interés público), nos da la pauta de la ilegitimidad de la medida en cuestión, habida cuenta los recaudos garantistas con los que el legislador rodeó en fecha reciente la aplicación de la clausura como medida cautelar (art. 44, ley 11.683, reformado por ley 24.073, B.O. 13/4/92) [...] el único error conceptual radica, precisamente, en atribuirle a la ley 20.680 un objeto mucho más amplio que el de proteger el normal abastecimiento de bienes y servicios...”

7) ¿Medida cautelar o sancionatoria?

La clausura preventiva reglada por el art. 12 inc. e) de la ley 20.680 no sólo se ha aplicado con fines que le son ajenos sino que también –como ya se adelantara- se aplica muchas veces como una sanción, y no como una medida cautelar.

Pero hay que tener en cuenta que para aplicar una sanción se deben reunir ciertas condiciones, de conformidad con lo que ha establecido la doctrina –penalista y administrativista- y la jurisprudencia.

En primer lugar, cabe señalar que no se está ante un “delito” –por no estar reglado el instituto en estudio en el Código Penal ni en sus leyes complementarias- por lo que se trata de una falta o contravención. Sin pretender agotar el tema, se ha dicho que no existe una diferencia cualitativa sino meramente cuantitativa entre delitos y contravenciones o faltas, ya que éstas últimas reproducen en pequeño todas las cualidades o características atribuidas a los delitos.

La delicadeza de esta distinción, reside en su vinculación con el tema de la distribución de poderes entre la Nación y las provincias, por lo que “la facultad de imponer penas será nacional o provincial según sea el poder o facultad que esas penas tutelan, un poder delegado a la nación o reservado por las provincias.”

Por otra parte, la doctrina administrativista señala que la clausura es una de las sanciones -junto con el arresto, la multa el comiso y la inhabilitación- que pueden aplicarse como consecuencia del ejercicio del poder de policía, ante las infracciones o faltas que se lleven a cabo contraviniendo la regulación que rige la materia de que se trate.

Es necesario recordar que en este marco toda sanción debe tener previsión legal, por aplicación del art. 18 de la Constitución Nacional, y además previamente a la

aplicación de una sanción debe efectuarse la consideración razonada sobre los fundamentos de su imposición.

Es decir que el Estado puede limitar la libertad individual de los ciudadanos, en virtud del poder de policía. Estas limitaciones, aparecen en beneficio del Estado, pero en suma son para el bien de la comunidad toda.

Pero estas limitaciones están sujetas –a su vez- a los “límites-garantías” de razonabilidad, intimidad y legalidad.

Con respecto a esto último –legalidad- es pertinente destacar que “las normas administrativas reglamentarias con fines policiales tienen y deben tener razón de existencia en la ley. Este es el principio de legalidad que corresponde al Estado de derecho democrático. La intervención de la función administrativa policial determina modalidades especiales en la forma jurídica, pero que no son específicas de la función policial. La imposibilidad de que el legislador pueda captar todas las formas, momentos, y circunstancias del hecho, permite que las “leyes policiales” dejen su concretización particular a la discrecionalidad administrativa. Serían inconstitucionales las leyes que delegaran a los órganos administrativos las facultades de determinar cuáles habrán de ser las causas y circunstancias que impongan límites a los derechos individuales. Las normas dictadas en su consecuencia serán verdaderamente “leyes en blanco” y no reglamentaciones de los derechos individuales”

Puede concluirse entonces que la aplicación de una verdadera sanción de clausura –aún si se la rotulara como “preventiva”- debe respetar las garantías constitucionales que rigen en materia de delitos, es decir debido proceso, defensa en juicio, principio del nullum crimen..., non bis in idem, etc.

Además, en el caso, se trata de faltas o contravenciones cuya materia es competencia de la Nación, en virtud de la naturaleza de la ley 20.680, que es de aplicación en todo el territorio argentino, por lo cual es una facultad del legislador nacional reglar y sancionar todo lo que a esta normativa respecta.

8) Razonabilidad de la clausura

La doctrina y jurisprudencia en esta materia han señalado con mucho énfasis que toda clausura, por la irreparabilidad del perjuicio que acarrea, debe ser suficientemente justificada, es decir, razonable.

Ello implica que “...no basta con sostener la irrazonabilidad de una ley sino que es preciso vincularla con los fundamentos del dictado de ésta (...) pues la constitucionalidad está

condicionada, por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados sean respetados en su sustancia y, por la otra, a la adecuación de las restricciones que se les impone, a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas.”

Se ha sostenido en relación a la clausura dispuesta por el art. 44 de la ley 11.683 – apreciación que estimo aplicable a la medida cautelar en estudio- que esa norma “...persigue el propósito de que la sujeción a las exigencias formales que se establezcan contribuya a facilitar la verificación que del cumplimiento de sus obligaciones fiscales hagan los contribuyentes. La pena de clausura resulta eficaz en orden a lograr el objetivo señalado. Sin embargo, ello no basta a fin de juzgar respecto de la razonabilidad de la norma en cuestión. Las limitaciones a los derechos constitucionales no sólo deben responder a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la tarea de recaudación a cargo del organismo fiscal, sino que han de ser razonables y proporcionalmente adecuadas en relación con el propósito perseguido por la norma, teniendo en cuenta los principios filosóficos, políticos, sociales y religiosos a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad...”

Por su parte, Bidart Campos ha dicho que “...una vez que se da por cierto que una medida sirve para alcanzar el fin a que se la destina, es indispensable descubrir con sagacidad si esa medida es la más gravosa o la más benigna en la alternativa de varias posibles para el mismo fin. Porque si existiendo opción por una que sea menos onerosa se ha elegido la más rigurosa o severa, entonces no hay razonabilidad sino arbitrariedad (...) La clausura de locales, instalaciones, oficinas, etc., por una infracción fiscal resulta, en principio y abstractamente, una sanción que exhibe razonabilidad. Pero desde la norma genérica que la implanta hay que descender en cada caso a un prudente examen, a través del cual se logre saber si la represión a la evasión y el facilitamiento de la recaudación fiscal están verdaderamente comprometidos en ese caso al que se dirige la sanción de clausura (...) No se trata, pues, de amedrentar porque sí, sino de moverse en la órbita de lo razonable, induciendo más la persuasión que el miedo, y graduando las sanciones conforme a las circunstancias de cada caso. El sistema de fiscalización tributaria no puede sustraerse a los límites constitucionales que son exigibles a toda actividad estatal. Y el fin no justifica los medios. Por eso, a los medios que se dirigen a un fin legítimo hay que seleccionarlos y controlarlos muy bien. Sobre todo en sede judicial...”

Agréguese a lo ya dicho que en el caso de una institución que –como la que nos ocupa-

pretende proteger el normal abastecimiento de bienes y servicios, difícilmente este fin no aparezca perjudicado o “comprometido” con una medida tan irreparable como es una clausura de un local o establecimiento.

En otro orden de ideas, cabe destacar que para que recaiga una sanción la conducta debe ser típica y además debe existir la afectación del bien jurídico tutelado, no basta el mero incumplimiento formal que no represente un ataque al mismo.

En este sentido se ha resuelto que “...si bien en principio se podría considerar formalmente acreditada la materialidad de la infracción constatada a fs. 49, debe considerarse que la tipificación legal de la conducta prohibida, y por la cual se sanciona a la recurrente, debe tener necesario acompañamiento de la conminación de una sanción que debe ser adecuada y racional a la importancia del bien tutelado y a la entidad de la lesión o peligro causados. Es decir, que dado un tipo legal y una pena prevista, la sola adecuación de una conducta al tipo no es de por sí suficiente para establecer que la conducta sea penalmente típica debiendo tenerse, asimismo, en cuenta su significación jurídica, lo que proporciona a la adecuación formal al tipo la afectación de un bien jurídico penalmente tutelado...”

Específicamente en relación a la clausura preventiva objeto de nuestro trabajo, se ha dicho que “...la ley de Abastecimiento 20.680 faculta a los funcionarios actuantes para clausurar por tres días, con carácter preventivo, los locales en los que se constaten infracciones (...) el ejercicio de la función mencionada importa una medida cautelar y precautoria susceptible de adoptarse antes de ser escuchado o juzgado el presunto infractor, y tiene consecuencias irreparables, por lo que debe rodearse a la misma de elementales resguardos de razonabilidad y prudencia, tanto más cuando se trata de una facultad que la ley delega indiscriminadamente en los funcionarios actuantes, comprendiendo de ese modo a inspectores que obran por delegación de los funcionarios superiores de mayor responsabilidad”.

En otro importante fallo, además de lo precedentemente citado, se agrega que “...la misma norma que confiere la atribución es bien clara en cuanto a que no se trata de una facultad discrecional del funcionario, sino que está condicionada a razones de mérito. Tal lo que se desprende de la mención del riesgo de que se continúe cometiendo la infracción lo que supone una ponderación prospectiva y se explica por la aplicación de la ley en determinados supuestos de emergencia como situaciones de escasez de artículos imprescindibles. Lo mismo la otra alternativa que autoriza la clausura preventiva referida al mejor curso de la investigación, la que queda estrictamente delimitada al requerirse que

sea indispensable, lo que implica su carácter excepcional y de interpretación restringida...” También se ha sostenido que se trata de una medida que solo podría adoptarse “en casos de necesidad claramente justificada”

9) Apreciaciones finales

La Clausura preventiva prevista en el art. 12 inc. e) de la ley 20.680 –tal como surge de su texto legal- resulta inconstitucional, porque vulnera garantías constitucionales fundamentales, como ser el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 C.N.), ya que no da a quien padece esa medida oportunidad alguna de defenderse, de hacer su descargo, privándosele sin más del goce de sus derechos a ejercer el comercio, a gozar de su propiedad, a ejercer una industria lícita, etc.

Por otro lado, pasando ya a analizar su aplicación práctica, sin perjuicio de que en algunos casos se fundamente debidamente su excepcionalidad, lo cierto es que queda demostrado –mayormente a partir de resoluciones judiciales- que muchas veces se ha aplicado este instituto en forma irrazonable. Se está ante una medida que es impuesta por los propios funcionarios de la administración pública, sin respetarse su carácter excepcional y restrictivo –que como toda medida cautelar posee-, con suma discrecionalidad y sin el requerido control judicial suficiente “previo” a su imposición. Y aún más: en numerosas oportunidades se la ha utilizado aún excediendo los fines que debe proteger (en el ámbito de las recaudaciones impositivas y fiscales) e incluso también dándosele el carácter de una verdadera sanción, en vez de una medida cautelar.

Estos usos impropios de la clausura del art. 12 inc. e) de la ley 20.680 también violan otras garantías –además de las ya citadas- como ser el principio del non bis in idem, el de nullum crimen nulla poena sine lege, el principio de legalidad, y por supuesto de razonabilidad o no arbitrariedad que deben cumplir todos los actos de gobierno.

Por otra parte, la lucha contra la evasión fiscal no puede justificar el avasallamiento de estos derechos fundamentales de los ciudadanos, máxime cuando la ley respectiva – 11.683- posee un procedimiento que respeta adecuadamente las garantías mínimas que deben tener plena vigencia en estos casos.

Ante este panorama, y frente a la renovada vigencia de la Ley de Abastecimiento 20.680 conforme lo dispuesto por la ley 25.561 y el decreto 496/02, se impone o bien la derogación de esta norma, o su reforma legislativa, o –en tercer lugar y mientras ello no ocurra- la declaración de su inconstitucionalidad en cada caso concreto en que se la haya aplicado en forma irrazonable y arbitraria, máxime ahora que el art. 43 de la Constitución

Nacional así lo permite expresamente –al resolverse la acción de amparo-, cosa que no ocurría al tiempo de resolverse los precedentes jurisprudenciales estudiados, todos anteriores a la reforma constitucional de 1994.

BIBLIOGRAFIA (

AFTALION, Enrique R.: “EL EMPRESARIO ANTE LAS LEYES DE AGIO Y LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN”, L. L. 1959, t.93, pág. 840 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán J.: “SANCIONES EN LA ORBITA FISCAL (¿REGULACIÓN O “DESREGULACIÓN?”)”, nota a fallo, E.D., t. 146, pág. 192 y ss.

CHIMENTI, Liliana y VIGLINO, Bruno: “LA PENA DE CLAUSURA. “Normas de Aplicación y Procedimiento ante la Dirección General Impositiva y Tribunales de Alzada”, Lema Editora.

DROMI, Roberto: “DERECHO ADMINISTRATIVO”, 8ª edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 689 y ss.

EDWARDS, Carlos Enrique: “LA PENA DE CLAUSURA TRIBUTARIA”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 8 y ss.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Y NAVARRINE, Susana Camila: “PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO”, 5ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, pág.284 y ss.

LOIACONO, Virgilio J.: “La clausura preventiva en la ley 20.680 (Razonabilidad vs. Arbitrariedad)”, nota a fallo publicada en La Ley t.1990-C, pág. 10 y ss.

MALAMUD GOTI, Jaime: “ASPECTOS PENALES DE LA NUEVA LEY DE ABASTECIMIENTO (LEY 20.680)”, E.D. T.57, 1975, pág. 844 y ss.

MARIENHOFF, Miguel S.: “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, T. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pág.603 y ss.

NATIELLO, Rodolfo A.: “Manual de Derecho Contravencional”, Editora Scotti, Buenos Aires, 2000. pág. 27 y ss.

PAGANO, José León (h): “DERECHO PENAL ECONOMICO”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 162 y ss.

PINTO, Hugo J.: “LA LEY DE ABASTECIMIENTO Y EL CONTROL DEL REGIMEN FISCAL DE FACTURACIÓN Y REGISTRACION”, L.L. T. 1992-D, pág. 562 y ss.

SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, T.1, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 294 y ss.

SPISSO, Rodolfo R.: “LEGITIMIDAD DE LA PENA DE CLAUSURA Y SU RAZONABLE

APLICACIÓN”, nota a fallo, E.D., t. 146, pág. 192 y ss.

MARIENHOFF, Miguel S.: “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, T. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pág.603 y ss.

EDWARDS, Carlos Enrique: “LA PENA DE CLAUSURA TRIBUTARIA”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 8 y ss.

PINTO, Hugo J.: “LA LEY DE ABASTECIMIENTO Y EL CONTROL DEL REGIMEN FISCAL DE FACTURACIÓN Y REGISTRACION”, L.L. T. 1992-D, pág. 562 y ss. Se trata de una nota al fallo de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, en la causa “Quintana y Testa S.A. y otros”, sentencia del 9 de junio de 1992.

Resolución de primera instancia –de fecha 30/03/93- confirmada por la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A., causa “Kwon, Hyuk M.” el 23/04/93, publicada en L.L., t. 1994-A, pág. 120 y ss.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, sentencia del 21 de junio de 1988, La Ley t.1990-C, pág. 10 y ss.

LOIACONO, Virgilio J.: “La clausura preventiva en la ley 20.680 (Razonabilidad vs. Arbitrariedad)”, nota a fallo publicada en La Ley t.1990-C, pág. 10 y ss.

Sentencia del 2 de abril de 1993, L.L. 1993-C, pág. 23.

Se trata de la primera normativa específica en cuanto a esta temática, sin perjuicio de las leyes que con anterioridad se encargaron de la represión del agio y la especulación en nuestro país, tales como la ley 12.591 –de 1939- y las que le siguieron: 12.830, 14.440, 14.450, etc. Remito en este aspecto a la exposición realizada por AFTALION, Enrique R.: “EL EMPRESARIO ANTE LAS LEYES DE AGIO Y LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN”, L. L. 1959, t.93, pág. 840 y ss.; y PAGANO, José León (h): “DERECHO PENAL ECONOMICO”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 159.

cfr. PAGANO, José León (h), op. cit., pág. 162.

cfr. PAGANO, José León (h), op. cit., pág. 164.

PAGANO, José León (h), op. cit., pág. 165.

ADLA XXXI-C, 1971, pág. 2875.

EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit. pág 4 y ss..

MALAMUD GOTI, Jaime: “ASPECTOS PENALES DE LA NUEVA LEY DE ABASTECIMIENTO (LEY 20.680)”, E.D. T.57, 1975, pág. 844. En la introducción de su trabajo, el autor critica esta ley por considerar que “se suma a las restricciones, tan comunes hoy en día, del conocimiento judicial de cuestiones estrictamente punitivas, que

al quedar en manos del poder administrativo menoscaban los principios fundamentales de seguridad jurídica, a las que están estrechamente vinculadas las garantías constitucionales del debido proceso, del derecho de comerciar y trabajar libremente, y de no ser privado del ejercicio del derecho de propiedad”.

Ver nota 8.

MALAMUD GOTI, Jaime, op cit, pág. 843.

“Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, in re “Quintana y Testa S.A. y otros”, cit. supra, pág.. 562 y ss.

EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit., pág 5.

DIAZ ORTIZ, “A propósito de la clausura directa o administrativa”, en Impuestos, L-B, p. 1456, citado por Edwards, Carlos Enrique, op. cit., pág. 5.

EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit., pág 7.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “GARCIA PINTO, José c. MICKEY, S.A. S/ infracción art. 44, inc. 1º de la ley 11.683”, sentencia del 5/11/91, publicada en E.D., t. 146, pág. 192 y ss.

EDWARDS, Carlos Enrique, op. cit., pág 7.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Y NAVARRINE, Susana Camila: “PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO”, 5ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, pág.284.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala I, causa “JALIFE, Elías”, sentencia del 25/06/92, publicada en L.L., t. 1993-A, pág. 58. Al actor se le atribuía una infracción consistente en que las facturas de su comercio no consignaban el importe total de la operación en el casillero previsto para ello, según los módulos que forman parte de la res. gral. de la D.G.I. 3419/91, art. 9º, último párrafo.

PINTO, Hugo J.: op. cit., pág. 562 y ss.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala 3ra., causa “CHAMI, Saúl”, sentencia del 25/02/93, publicada en J. A., t. 1994-I, pág. 453.

Cámara Federal de San Martín, Sala II, causa “DOMÍNGUEZ, Aldo F. Y otros”, sentencia del 2/11/92, publicada en L.L., t. 1993-C, pág. 23 y ss.

Esta distinción ha dado lugar a un extenso debate doctrinal, del que no me ocuparé por superar el objeto de este trabajo. Remito al desarrollo realizado por Sebastián SOLER, “Derecho Penal Argentino”, T.1, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 294 y ss., entre muchos otros.

SOLER, Sebastián, op.cit., pág. 298.

SOLER, Sebastián, op.cit., pág. 300.

conf. DROMI, Roberto: "DERECHO ADMINISTRATIVO", 8ª edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pág. 689. El autor cita el fallo "Wei Chien Fu", del Juzgado Nacional en lo Penal Económico nº 2 de Capital Federal, sentencia del 11/10/91.

conf. DROMI, Roberto: op. cit., pág. 683 y ss., a cuyo desarrollo remito.

Del voto en disidencia parcial de los dres. Belluscio y Petracchi en el caso "Mickey": Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa "GARCIA PINTO, José c. MICKEY, S.A. ..." cit. supra.

SPISSO, Rodolfo R.: "LEGITIMIDAD DE LA PENA DE CLAUSURA Y SU RAZONABLE APLICACIÓN", comentario al fallo citado ut supra en la nota anterior, E.D., t. 146, pág. 192 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "SANCIONES EN LA ORBITA FISCAL (¿REGULACIÓN O "DESREGULACIÓN"?)", comentario al fallo citado ut supra en las dos notas precedentes. Juzgado Nº 3 Sec. 6 en lo Penal Económico, causa 7360, caratulada "OLYMPIC ELECTRÓNICA s/ apelación ley 11.683". En sentido similar, causa 9549/91 caratulada "R.G. Furs de Rodríguez y Graciano s/ inf. Art. 44 ley 11.683" –de la Secretaría 5 del mismo Juzgado- del 19/08/91. Ambas sentencias son citadas por CHIMENTI, Liliana y VIGLINO, Bruno: "LA PENA DE CLAUSURA. Normas de Aplicación y Procedimiento ante la Dirección General Impositiva y Tribunales de Alzada", Lema Editora. pág. 75 y ss. y pág. 90 y ss, respectivamente.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala 3ra., causa "CHAMI, Saúl", cit., pág. 454.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II., causa "Empresa Tres C", sentencia del 10/03/87, publicada en L.L., t. 1987-B, pág. 472.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A., causa "Kwon, Hyuk M.", cit supra, pág. 120 y ss.

(Se enumera aquí el material doctrinario consultado. Debe sumarse a él la legislación y jurisprudencia mencionada en el trabajo y citada en las notas a pie de página.