

Derecho Administrativo

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR

Juan Carlos Cassagne

SECRETARIO GENERAL

Pablo Esteban Perrino

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro Aberastury (h)
Alberto B. Bianchi
Julio R. Comadira
Pedro J. Coviello
Beltrán Gambier
Agustín Gordillo
Ricardo M. Ortiz
María Jeanneret de Pérez Cortés
Daniel F. Soria
Guido S. Tawil

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

Julio C. Durand
Fernando Juan Lima
Jorge I. Muratorio
Marisa L. Panetta
Gerónimo Rocha Pereyra
Alejandro Rossi
Estela B. Sacristán
Carlos A. Zubiatur

40



LexisNexis™
Depalma

virtud de lo expuesto, no resulta irrazonable concluir en que, de adoptarse el criterio previsto en el art. 66 de la ley 23.075, se dificultaría gravemente la posibilidad del usuario de ejercer acabadamente su derecho de defensa, tornando la "tutela judicial efectiva" en una mera declaración de principios, ignorada —en los hechos— en esta causa.

También sustenta la pertinencia de la solución a la que se arriba el hecho de que existan en la región de la que forma parte la provincia de San Luis tribunales federales con competencia en lo contencioso administrativo, los que, en cuanto a la materia de las cuestiones a tratar se refieren, no difieren en absoluto de los que con esa misma competencia están ubicados en la ciudad de Buenos Aires, posibilitando, en consecuencia, que quienes residan dentro de la jurisdicción territorial de aquél cuenten con posibilidades ciertas de participar con útilmente en los procesos donde esté en juego el reconocimiento de alguno de sus derechos.

A mayor abundamiento se debe agregar que el presente difiere de los supuestos en que se interpone un recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que en esos casos, se recurre al Alto Tribunal en su calidad de última instancia nacional y luego de haber obtenido un pronunciamiento de los órganos judiciales pertinentes.

Por todo lo expuesto, oído el señor fiscal general, declárase la incompetencia del Tribunal para entender en las presentes actuaciones.

Regístrese, notifíquese —al citado funcionario en su despacho y a la Oficina de Asignación de Causas— y remítase a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza a sus efectos. Guillermo Pablo Galli - Alejandro Juan Uslenghi - María Jeanneret de Pérez Cortes.

EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD ANTE LA TUTELA JUDICIAL

por ESTELA B. SACRISTÁN

I. EL CASO

La sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal que motiva estas líneas¹ hace a un caso cuyas circunstancias relevantes, según surgen de la misma, son las siguientes: el Banco Central impuso una multa de más de seis millones de pesos, y oportunamente se ordenó que se llevara adelante la ejecución. El Tribunal hizo lugar a la apelación de la demandada, declarando la inexigibilidad de la deuda por ser inaplicable, en el caso, el solo efecto devolutivo del recurso del art. 42 de la Ley de Entidades Financieras 21.526². Así, acogió la defensa de inhabilidad de título invocada, y rechazó la ejecución.

Según se considera en el fallo —y son ellos elementos clave en la solución que se brinda— el administrado demostró que: a) el monto de la multa era notoriamente superior a su patrimonio, extremo acreditado con la respectiva declaración de impuesto a las ganancias y la certificación de lo que percibe; b) esa circunstancia, y la magnitud de la multa hubieran conducido a un gravamen de difícil reparación posterior en el caso de haberse admitido la ejecución.

¹ Cám. Nac. Apel. Cont.-Adm. Fed., sala III, "BCRA. res. 252/2000 v. Balberrey, Eduardo Fernando s/ejecución fiscal", del 26/2/2002.

² Dicho art. 42 establece, en lo pertinente: "Aquellas sanciones a las que se refieren los incs. 3°, 4°, 5° y 6° del artículo anterior, serán apelables, al solo efecto devolutivo por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal". El art. 41, a su vez y en lo sustancial, prescribe: "Quedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades (...). Las sanciones (...) podrán consistir, en forma aislada o acumulativa, en: 1. Llamado de atención. 2. Apercibimiento. 3. Multas. 4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria. 5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley. 6. Revocación de la autorización para funcionar (...)"

Sentado ello, nos permitiremos indagar en algunos aspectos que estimamos de interés a la luz del fallo.

II. ASPECTOS DE INTERÉS

Una primera reflexión que propicia el fallo se refiere a las sanciones penales-administrativas, sobre las que enseña Cassagne³, las cuales requieren, en el marco de la separación de poderes consagrada en nuestra Constitución y luego del histórico fallo "Fernández Arias v. Poggio"⁴—y su precedente "López de Reyes"⁵—, que se cumplan dos extremos insoslayables: el control judicial suficiente y la observancia de las garantías del debido proceso⁶.

Según el citado autor, entre estas garantías se incluye, por un lado, y al menos, la "no ejecutoriedad" de la pena, si no su "suspensión"⁷, pues hasta que se pronuncie la justicia existe la presunción de inocencia⁸. En relación a dicha presunción—integrante de las garantías del debido proceso—, recordemos que si bien no surgiría de la literalidad de nuestra Constitución pero sí implícitamente de ella, se halla, luego de la Reforma de 1994, consagrada en un tratado internacional de rango constitucional⁹, y rige hasta que un juez independiente se pronuncie sobre una condena. Tal es la interpretación que propicia el mencionado tratado de jerarquía constitucional¹⁰.

A modo de segunda reflexión, podemos señalar que aquellas líneas argumentales—control judicial de la Administración, observancia del debido proceso— han hallado oportuna consagración no sólo en la jurisprudencia nacional sino también en el derecho comparado.

En efecto, en el año 1990, la Corte Europea de Justicia en el caso "Technische Universität München" tuvo oportunidad de interpretar los alcances del control judicial, en relación a una cuestión que, según se pretendía, constituía una decisión discrecional de la Administración y por ende irrevisable. Así, refiriéndose al "principio constitucional de la tutela legal efectiva (*effective legal protection*) reconocido en el Derecho Comunitario"¹¹, consideró en punto

³ CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 566 y ss.

⁴ *Fallos*, 247-652.

⁵ *Fallos*, 244-548.

⁶ CASSAGNE, *Derecho...* cit., T. II, p. 569.

⁷ CASSAGNE, *Derecho...* cit., T. II, p. 569.

⁸ CASSAGNE, *Derecho...* cit., T. II, p. 570.

⁹ Pacto de San José de Costa Rica, art. 8º, inc. 2º.

¹⁰ Pacto de San José de Costa Rica, art. 8º, inc. 1º.

¹¹ Corte Europea de Justicia, caso C-269/90, "Hauptzollamt München-Mitte v. Technische Universität München [1991] ECR I-5469", párr. 14.

al control judicial y su intensidad que: "Allí donde las instituciones comunitarias poseen tal poder de revisión, el respeto por los derechos garantizados por el orden jurídico comunitario en los procedimientos administrativos es de aun mayor importancia (...)"¹². Este fallo, en el cual se efectuó la revisión del acto, no obstante su carácter parcialmente discrecional, ha sido analizado por la doctrina, y a ella nos remitimos¹³.

En el marco del derecho comparado, y en el estricto campo de la aplicación de sanciones penales-administrativas, esa revisión judicial comprende el denominado control de proporcionalidad¹⁴, test que también se verifica en la jurisprudencia de la Corte Europea¹⁵. A tal fin, tengamos presente el precedente "Sugar (Man)"¹⁶, en el que se dejó sin efecto la sanción por resultar excesivo el monto de más de un millón y medio de libras esterlinas¹⁷. La idea que gobierna este criterio es que "el individuo o el comerciante involucrado no sufran una carga excesiva o desproporcionada"¹⁸.

En la sentencia que comentamos, el antes mencionado test o control de proporcionalidad se concreta cuando—luego de contrastarse el precedente¹⁹ señalándose que en éste no se había invocado ni probado una transgresión al derecho de propiedad—en el caso se afirma que "el monto de la multa que se ejecuta" es "notoriamente superior" al patrimonio del sancionado. La comparación efectuada revela el empleo del test aludido, el cual, entendemos, puede ser vinculado a tres juegos de efectos: a) si se invoca transgresión al derecho de propiedad—notoria superioridad del monto de la multa—se genera un perjuicio de difícil reparación posterior²⁰; b) si se verifica esa notoria falta de proporción, y se exige el pago previo, se veda el acceso a la tutela judicial²¹; c) la mag-

¹² Corte Europea de Justicia, caso C-269/90, "Hauptzollamt München-Mitte v. Technische Universität München [1991] ECR I-5469", párr. 14.

¹³ Ampliar en NEHL, Hanns P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 1999, ps. 132 y ss.

¹⁴ Sobre la relación entre proporcionalidad y razonabilidad, véase COMADIRA, Julio R., "El exceso de punición como vicio del acto administrativo", en *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 73/87, esp. p. 75, y su cita de CASSAGNE, *Derecho...*, cit., p. 28.

¹⁵ Ampliar en THOMAS, Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 82.

¹⁶ "Corte Europea de Justicia, caso 181/84 R. v. Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP), ex parte E. D. & Man (Sugar) Ltd. [1985]", ECR 2882.

¹⁷ Dicho monto no consistía en una multa sino en la pérdida de un depósito en aduana; en materia de importaciones del área de agricultura, los comerciantes deben producir determinada documentación, y caso contrario la sanción es la pérdida de la mercadería depositada.

¹⁸ THOMAS, *Legitimate...*, cit., p. 82.

¹⁹ Consid. IV.

²⁰ Consid. V.

²¹ Consid. IV, *in fine*.

nitud de la multa comparada con las condiciones patrimoniales del sancionado generan, de cara al pago previo, un perjuicio de difícil reparación ulterior, que toma inaplicable el efecto devolutivo del recurso, por lo que la deuda reclamada es inexigible.

III. CONCLUSIÓN

En una materia que ha sido objeto de diversas interpretaciones²², la solución brindada se enrola en la línea de otros sanos fallos del mismo Tribunal que excede esta nota analizar. El *holding* de la sentencia puede ser resumido como "es inexigible la deuda cuando, en virtud del art. 42 de la ley 21.526, se debe efectuar un pago previo de más de seis millones de pesos", afirmación consistente con el carácter excesivo²³ de dicha suma, pero dotada de la fuerza del precedente. Su valor como tal, unido a las particularidades del caso, servirá para que se sigan delineando los alcances de la precitada norma de cara a cada situación en particular, en el marco de los derechos que nuestra Constitución asegura.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA III

causa nro. 37.147/00, "BCRA —res. 252/2000 v. Balberrey, Eduardo
Fernando s/ejecución fiscal", 26/2/2002

Buenos Aires, 26 de febrero de 2002.

Y vistos; considerando:

I. El juez *a quo* rechazó las excepciones de litispendencia e inhabilidad de título opuestas por la demandada y en consecuencia mandó llevar la ejecución adelante hasta hacerse íntegro pago al Banco Central de la suma de \$ 6.032.000 con intereses y costas (fs. 472/473).
Para rechazar la defensa de inhabilidad de título consideró que no es de las previstas en el art. 42 de la ley 21.526 y los cuestionamientos en que se funda implicarían adentrarse en la causa de la obligación, lo que está vedado en estos procedimientos al igual que la defensa de inconstitucionalidad. Respecto de la excepción de litispendencia tuvo en cuenta que se funda en los recursos de reconsideración, de alzada y de apelación que interpuso la demandada, los que no tienen efecto suspensivo.

II. Apeló la demandada. Insiste en la defensa de litispendencia en razón de que la validez y extensión de la deuda se encuentra discutida en un procedimiento anterior a esta ejecución y hasta tanto se resuelva el recurso que interpuso contra la res. 252/2000 ante esta Cámara. Entiende que

²² Ampliar en MIHURA ESTRADA, Ricardo, *La solución jurisprudencial de las relaciones tributarias de conflicto*, tesina elaborada en el marco de la Especialización en Tributación, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2001, inédita.

²³ Ampliar en CASSAGNE, *Derecho...*, cit., T. II, p. 582, y en COMADIRA, "El exceso...", cit., en su *Derecho...*, cit., ps. 73/87.

ello no contradice el efecto suspensivo del recurso. La ejecución previa hace ilusorio el derecho de defensa en el proceso de revisión de la multa, el cual satisface el requisito de debido control judicial. El art. 42, ley 21.526, establece que la prescripción se computa desde que la sanción se encuentra firme, por lo cual una interpretación armónica lleva a considerar ejecutables sólo a las multas firmes. Añade que se trata de una medida represiva y no está en juego ningún interés público patrimonial de la Administración. Aduce que la sanción es desproporcionada con el patrimonio del demandado. Agrega que el art. 12 de la LPA es inaplicable puesto que el acto no es ejecutorio ya que requiere la intervención judicial. Respecto de la inhabilidad de título, señala que hay un vicio esencial en el título: la exorbitancia de la multa importa la confiscación y de migración personal del ejecutado, incompatible con los arts. 14, 17 y 18 de la CN, pues es superior a todo su patrimonio. No invocó el análisis de la causa de la obligación sino el objeto del acto y su procedimiento de aplicación. Se queja de que el *a quo* no consideró la prueba respectiva. Cita el precedente de este Tribunal "BCRA v. Cañán". Agrega que el 1º de marzo de 2001 la sala IV no hizo lugar a la medida cautelar en que pidió la suspensión de la vía ejecutiva por encontrarse en trámite esta ejecución y dispuso que cualquier reclamación debía formularse en este proceso. Cita jurisprudencia de distintas salas de esta Cámara favorable a su postura (fs. 481/494).
Cita jurisprudencia reiterada del Tribunal que la circunstancia de encontrarse recurrida en otro pleito la aplicación de la multa que se ejecuta no basta para admitir la defensa de litispendencia, en razón del diferente objeto y alcance de las sentencias que se dicten en los diferentes procesos (cfr. esta sala 22/4/1997 "BCRA v. Amuchástegui J. M. s/ejecución fiscal"; consid. III y sus citas).

IV. También se ha resuelto que la efectiva determinación del derecho controvertido, es decir, la procedencia o no de la pena pecuniaria, debe ser dilucidada en el procedimiento que establece la ley 21.526, que tutela suficientemente el derecho del interesado que ejerce ese recurso (cfr. esta sala 1/2/2000, "Banco Central v. Meriggi"). Sin embargo, en ese precedente al admitir la ejecución, se tuvo en cuenta que no se había demostrado ni invocado que la exigencia del pago de la multa transgredía el derecho de propiedad e hicieran imposible acceder a la tutela judicial (ver especialmente consid. III).
En el caso, el demandado demuestra que el monto de la multa que se ejecuta —\$ 6.032.000— es notoriamente superior a su patrimonio (*vide* declaración de impuesto a las ganancias y certificado de lo que percibe, fs. 448/449 y 451); lo cual no fue considerado por el *a quo*.

V. La magnitud de la multa y la circunstancia arriba señalada demuestran que, en el caso, admitir la ejecución causaría un perjuicio difícilmente reparable en el juicio ordinario posterior. Ello coincide con la doctrina de la Corte Suprema que, desde antiguo, admitió excepciones al denominado principio de *solus et repetere*, aun en materia de impuestos, autorizando la discusión judicial del gravamen sin exigir su pago previo (cfr. CSJN, *Fallos*, 184:5). El Alto Tribunal, al abrir el recurso extraordinario en un juicio de apremio, señaló la improcedencia de la discusión de la satisfacción del impuesto con carácter previo, señaló la improcedencia del recurso de la reclamación de la demandada llevada al desapoderamiento de aquélla y a la irreparabilidad del pago, no pone en riesgo esa solución cuando se trata de una multa, pues su discusión, sin previo pago, no pone en riesgo el funcionamiento normal de la Administración Pública (cfr. CSJN, *Fallos*, 184:1162).
Afortiori se impone esa solución cuando se trata de una multa, pues su discusión, sin previo pago, no pone en riesgo el funcionamiento normal de la Administración Pública (cfr. CSJN, *Fallos*, 184:1162).

Ello lleva a declarar inaplicable, en el caso, el efecto solo devolutivo del recurso del art. 42, y, en consecuencia, que la deuda reclamada resulta inexigible. Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de la actora a solicitar las medidas de cautela que correspondan.

VI. Por tanto, y dentro del limitado marco de conocimiento de este tipo de procesos, que impiden considerar los restantes argumentos del recurrente, los cuales serán analizados en el marco

del recurso de apelación interpuesto por el demandado contra el Banco Central; corresponde admitir la defensa de inhabilidad de título, por resultar inexigible la deuda que se reclama.

VII. Por lo expuesto, y con la salvedad indicada en el párrafo V *in fine*, se hace lugar al recurso de apelación, admitiéndose la defensa de inhabilidad de título y rechazándose en consecuencia la ejecución. Costas de ambas instancias por su orden, atento a las dificultades de la cuestión. A los fines previstos por el art. 109 del RJN, se deja constancia de que se encuentra vacante el cargo de uno de los jueces de esta sala.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Roberto Mario Mordégia - Jorge Esteban Argento.

EL ACTO QUE RESUELVE UN RECLAMO ADMINISTRATIVO
PREVIO RECONOCIENDO UN CRÉDITO ¿PUEDE SER ASIMILADO
A UNA SENTENCIA JUDICIAL A LOS EFECTOS DE DETERMINAR
EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN APLICABLE?

por JUAN JOSÉ GALEANO

I. En el caso que se presenta¹, la sala IV del fuero Contencioso-Administrativo Federal de la Capital Federal debía resolver si se encontraba prescripta la acción por la que se reclamaba judicialmente el cobro de las diferencias de haberes adeudadas por una errónea liquidación. El Estado nacional, en sede administrativa, había reconocido dicha pretensión al resolver un reclamo administrativo previo, decisión que luego había revocado en su sede, razón por la cual se demandaba.

Sin ingresar a las circunstancias particulares propias de la causa abordadas por los magistrados resulta de interés poner de manifiesto los fundamentos tenidos en cuenta para responder el interrogante planteado en el título, es decir, si el acto que resolvía un *reclamo administrativo previo* podía o no ser asimilado a una *sentencia judicial*.

La respuesta negativa (solución que adoptó la mayoría) hacía aplicable, en el caso, el plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 4027 del CCiv.; mientras que una respuesta positiva (solución que adoptó la disidencia) permitiría recurrir al plazo decenal establecido en el art. 4023 del mismo Código.

II. Para los vocales que integraron el voto de la mayoría, doctores María Jeanneret de Pérez Cortés y Guillermo Pablo Galli, el acto administrativo que resolvía un reclamo administrativo previo no podía ser equiparado a una sentencia judicial con el fin de reconocer un plazo decenal de prescripción de la acción para exigir su cumplimiento. Ello era así toda vez que —afirmaron— “ambas clases de actos, si bien estatales, son expresión de actividades que, en sustancia, difieren esencialmente” (cfr. considerando IV.2.).

Para resolver de ese modo, los jueces tuvieron en cuenta, básicamente, que:

¹ Causa: “Gamba Miguel Bautista v. EN, Presidencia de la Nación s/empleo público”, sentencia del 16 de noviembre de 2000.