

Reg. n° 18.792

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y Raúl R. Madueño como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado, doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución obrante a fs. 301/302vta. de la causa n° 14.063 del registro de esta Sala, caratulada: "HERRERA, Toribio Anastasio y otra s/recurso de casación". Interviene representado el Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Juan Martín Romero Victorica, y por la defensa los doctores José Carlos Grimaux, Miguel Aníbal Jatuff, María Eugenia Bazan y Luis Alberto Pereyra.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Raúl R. Madueño y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci, respectivamente.

El señor juez doctor **Raúl R. Madueño** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja resolvió no hacer lugar al pedido de suspensión del proceso en favor de la imputada Beatriz Susana Pérez, de conformidad a lo dispuesto por el art. 3° de la ley 26.476 (fs. 301/302vta.).

Contra esta decisión los defensores particulares interpusieron recurso de casación (fs. 324/333vta.), que fue concedido (fs. 335/vta.)

2º) Los defensores particulares encauzaron su recurso por la vía del inciso 2º del artículo 456 del C.P.P.N., invocando la arbitrariedad de la sentencia por considerarla violatoria del principio de razón suficiente.

En primer lugar, adujeron que de la sola lectura de los antecedentes de autos -en particular de los informes que lucen a fs. 254 y 257, expresamente señalados en la resolución en crisis-, se llegará a la conclusión de que la afirmación respecto de que San Nicolás SRL Prestaciones Asistenciales no realizó reserva de acogerse al plan de facilidades de pago, no sólo es errónea, sino falsa.

Los recurrentes advirtieron que la escritura de fs. 108/140 es clarísima en cuanto a la manifestación de voluntad de acogimiento al régimen. Allí constan el formulario multinota de AFIP junto con el acta labrada ante escribano público más el escrito de reserva presentado en el expediente del concurso.

Argumentaron que el Fiscal de Cámara, en sus presentaciones de fs. 247/249 y 298/299, realizó un profundo análisis de las circunstancias de la causa y concluyó que corresponde hacer lugar a la suspensión del proceso.

Asimismo, sostuvieron que la propia AFIP mediante escrito presentado en el expediente n° 33.086 ante el Tribunal Fiscal de la Nación reconoce que se hizo la reserva de acogimiento, y adjuntaron copias certificadas de dichos actuados.

Por último, solicitaron se case la resolución en crisis, atento a la arbitrariedad demostrada, y se proceda a la suspensión del proceso penal.

3º) Que se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis C.P.P.N..

-II-

La decisión recurrida no está comprendida entre las enunciadas en el art. 457 C.P.P.N.. Sin embargo, habida cuenta de que lo que se discute es si ha mediado un acogimiento a un plan de regularización tributaria que ha producido el efecto suspensivo del ejercicio de la acción penal, en los términos del art. 3, párrafo primero, de la ley 26.476, y que se ha desconocido ese efecto, el agravio invocado por la defensa no es susceptible de ser reparado por una eventual

Reg. n° 18.792

sentencia absolutoria, porque lo que la ley provee es de un derecho a la suspensión del trámite del proceso, y en su caso, a la extinción de éste. Resultan aquí aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios sentados por la Corte Suprema en Fallos: 320:2451 ("Padula") y 327:3937 ("Bakchellian"), y por esta Sala en causa n° 10.822 "Cetra, Luis María s/recurso de casación", rta. 28/10/2009, reg. n° 15.391).

En lo demás, el recurso satisface las exigencias de admisibilidad y fundamentación (arts. 444 y 463 C.P.P.N.), y encuadra bajo el segundo supuesto del art. 456 C.P.P.N., en cuanto los agravios del recurrente remiten, en sustancia a una errónea aplicación del art. 3° de la ley 26.467 que, en tanto regula la promoción, el ejercicio y la extinción penal por delitos de la ley 24.769, es complementaria del Código Penal.

-III-

En la decisión que viene impugnada el *a quo* ha entendido que "...no le asiste razón a los letrados defensores, por cuanto el plan 'Mis facilidades' previsto por la ley n° 26.476 claramente estableció que para acogerse al beneficio allí establecido, una empresa en concurso -como es el caso de autos- debió presentar, siguiendo los mecanismos reglamentarios dispuestos por el órgano recaudador, sentencia de homologación y, en el caso de no contar con la misma -situación de marras- debió formular la 'reserva' que la reglamentación propia de la AFIP ha establecido, extremo que no se cumplió y que no puede tenerse por tal con la actuación notarial efectuada por la parte".

Asimismo, argumentó que lo referido se encontraba acreditado con los informes de fs. 254 y 271 de la AFIP, y que no pudo ser desvirtuado por las presentaciones de los defensores.

El tribunal señaló que en los respectivos informes la AFIP manifestó que el régimen de regularización impositiva de la Ley 26.476 se encontraba

vigente al 6 de marzo de 2009 y, que un contribuyente en concurso sin sentencia de homologación no puede acceder al programa de facilidades, sino que solamente puede realizar manifestación de voluntad para acogerse al mismo una vez que tenga sentencia de homologación; agregando que el contribuyente tiene que hacer ‘reserva’ para adherirse a la moratoria y una vez que exista la sentencia homologatoria del juez del concurso, esa reserva sirve para hacer valer los beneficios de la moratoria aún después del vencimiento general. También informó el ente administrativo que “...*San Nicolás S.R.L. Servicios Asistenciales no realizó la manifestación de voluntad conforme lo dispuesto por la normativa vigente, agregando que si bien el contribuyente no cumplió con los requisitos exigidos por la normativa para efectuar la reserva de acogimiento, si el contribuyente teniendo sentencia homologatoria (dentro de los 30 días inmediatos siguientes en que se produzca la notificación de la sentencia) se presentara ante el Organismo para formalizar el acogimiento al plan, corresponderá recién en dicha oportunidad, que el Organismo se expida sobre si el acta notaria acompañada puede suplir los pasos sistémicos omitidos*”.

-IV-

Adelanto que corresponde rechazar las argumentaciones de la defensa, en cuanto a que el *a quo* ha incurrido en una errónea aplicación del art. 3 de la ley 26.476, por las razones que paso a exponer.

La ley 26.476 de “Regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado con prioridad en PYMES y exteriorización y repatriación de capitales” ha establecido distintos procedimientos de regularización de la situación de los contribuyentes frente a la administración tributaria y de la seguridad social, de regularización del empleo no registrado, y promoción y protección del registrado, y de regularización patrimonial mediante exteriorización de la tenencia de moneda nacional y extranjera y otros bienes.

En cuanto aquí interesa, corresponde examinar el Título I, cuyo artículo 1 define cuáles son las obligaciones vencidas y las infracciones

Reg. n° 18.792

susceptibles de ser incorporadas a un régimen de regularización de impuestos y recursos de seguridad social, y dispone que la regularización se promueve de modo facultativo por el contribuyente por "acogimiento" (arg. "*podrán acogerse*") y establece una fecha límite para hacerlo.

Las formalidades del acogimiento están reguladas en la RG AFIP n° 2650/2009 (B.O. 05/08/2009), cuyo art. 6 impone a los sujetos con concurso preventivo en trámite: a) Haber solicitado el concurso preventivo; b) Manifestar la voluntad de incluir en el régimen las obligaciones devengadas. Dicha manifestación se formalizará mediante transferencia electrónica de datos, vía internet, al sitio web de AFIP. c) Formalizar la adhesión al régimen en la oportunidad que en cada caso se indica. Para el caso de resoluciones homologatorias notificadas con posterioridad al 31 de julio de 2009 y/o pendientes de dictado al 31 de agosto de 2009, inclusive: dentro de los treinta días corridos inmediatos a que se produzca la respectiva notificación.

Asimismo, el art. 3 de la ley establece que la suspensión de las acciones penales en curso se operan por el sólo acogimiento, y no requiere ningún presupuesto adicional, esto es, *ministerio legis*. Ello así, salvo la excepción prevista en el art. 28 de la reglamentación que establece de forma simplificada que '*Con excepción de los supuestos a que se refieren los Artículos 6° y 7° de esta resolución general, en los que se requerirá la aprobación formal previa por parte del Organismo, la adhesión al presente régimen se considerará aceptada...*'" (cfr. Sala II C.NC.P., causa n° 12642, "Gerschenson, Juan Roberto s/recurso de casación", reg. n° 17.348, rta. el 19/10/2010).

-V-

Sentado lo anterior, observo que el *a quo* ha aplicado correctamente la ley sustantiva al rechazar el pedido de suspensión de la acción penal, pues el contribuyente San Nicolás SRL Prestaciones Asistenciales no cumplió con las

formalidades del acogimiento previstas para los casos como el presente, en que el sujeto se encuentra con concurso preventivo en trámite.

El organismo recaudador no descartó la manifestación de voluntad o reserva al régimen realizada por el contribuyente. Por el contrario, consideró que *“...si el contribuyente teniendo sentencia homologatoria (dentro de los 30 días inmediatos siguientes que se produzca la notificación de la sentencia) se presentara ante el Organismo para formalizar el acogimiento al plan, corresponderá recién en dicha oportunidad, que el Organismo se expida sobre si el acta notaria acompañada puede suplir los pasos sistémicos omitidos”*(informe de AFIP, fs. 271).

Los obstáculos que impiden el acogimiento al régimen de la ley de blanqueo se presentan a la hora de cumplir con el requisito previsto en el inciso c) del artículo 6° de la RG AFIP 2650/2009, esto es la falta de formalización de la adhesión al régimen -por no contar con la necesaria sentencia homologatoria- y por otro lado, en relación al artículo 28 de la reglamentación, la falta de aprobación formal previa por parte de la AFIP requerida para el caso de sujetos con concurso preventivo.

En consecuencia, aún teniendo por válida la manifestación de voluntad de acogerse al régimen realizada por la parte, no corresponde hacer lugar al pedido de suspensión del proceso, dado que el artículo 3° de la ley prevé la suspensión de las acciones penales en curso por el acogimiento al presente régimen -no por la simple reserva o manifestación de voluntad de adhesión al mismo-, y por otra parte no cuenta con la aprobación formal previa de la AFIP (art. 28 RG AFIP 2650/2009).

Por estas razones, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación, con costas.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Reg. n° 18.792

Concuero con el juez doctor Madueño en que el recurso de casación interpuesto a fs. 324/333 vta. satisface las exigencias de admisibilidad y, por las razones que expondré, concurriré a la solución que se propone en su voto.

-II-

En la decisión que viene impugnada el tribunal *a quo* ha denegado el pedido de suspensión del proceso declarando que: *“el plan ‘Mis facilidades’ previsto por la Ley N° 26.476 claramente estableció que para acogerse a[1] beneficio allí establecido, una empresa en concurso –como es el caso de autos- debió presentar, siguiendo los mecanismos reglamentarios dispuestos por el órgano recaudador, sentencia de homologación y, en caso de no contar con la misma –situación de marras- debió formular la ‘reserva’ que la reglamentación propia que la AFIP ha establecido, extremo que no se cumplió y que no puede tenérselo por tal con la actuación notarial efectuada por la parte”*

El recurrente controvierte esa inteligencia. En esa dirección mencionó que: *“los informes de la AFIP de fs. 254 y 271 son FALSOS E ILICITOS pues con falsedad este último asevera que la firma en cuestión no hizo manifestación de voluntad y con esta afirmación logra que el imputado no obtenga el derecho otorgado por ley, ya que su informe es contradictorio con lo afirmado por al misma AFIP en el escrito citado en el párrafo que antecede”*.

-III-

Corresponde examinar el régimen jurídico enmarcado en el art. 1 de la ley 26.476, su reglamentación, y las disposiciones pertinentes de la ley 24.522 de concursos y quiebras.

Al emitir mi voto en la causa n° 12.642 bis “Gerschenson, Juan Roberto s/recurso de casación” (rta. el 19/10/2010, reg. n° 17.348), sostuve que

“[1]a ley 26.476 llamada de ‘Regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado con prioridad en PYMES y exteriorización y repatriación de capitales’ ha establecido distintos procedimientos de regularización de la situación de los contribuyentes frente a la administración tributaria y de la seguridad social, de regularización del empleo no registrado, y promoción y protección del registrado, y de regularización patrimonial mediante exteriorización de la tenencia de moneda nacional y extranjera y otros bienes”.

En cuanto aquí interesa, corresponde examinar el Título I, cuyo artículo 3 dispone que: “[e]l acogimiento al presente régimen producirá la suspensión de las acciones penales en curso y la interrupción de la prescripción penal, cualquiera sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa, siempre y cuando la misma no tuviere sentencia firme. La cancelación total de la deuda en las condiciones previstas en el presente régimen -de contado o mediante plan de facilidades de pago- producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no existiera sentencia firme. El incumplimiento total o parcial del plan de facilidades de pago, implicará la reanudación de la acción penal o la promoción por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos de la denuncia penal que corresponda, en aquellos casos en que el acogimiento se hubiere dado en forma previa a su interposición, y el comienzo del cómputo de la prescripción penal”.

Si bien se observa, todos los efectos señalados se operan *ministerio legis* tan pronto acaezca el acogimiento o se cumpla con la condición que en cada caso es requerida. En efecto, el art. 3 de la ley establece que la suspensión se opera por el sólo acogimiento. La reglamentación establece de forma simplificada que “Con excepción de los supuestos a que se refieren los Artículos 6° y 7° de esta resolución general, en los que se requerirá la aprobación formal previa por parte del Organismo, la adhesión al presente régimen se considerará aceptada en tanto se cumpla con el ingreso del pago a cuenta o la cancelación del pago al contado de la deuda previstos en el Artículo 7° de la Ley N° 26.476 y con la totalidad de las formalidades y de los requisitos que se establecen en la presente. La

Reg. n° 18.792

inobservancia de cualquiera de ellos determinará el rechazo de la adhesión realizada". Así, salvo el caso de obligados en situación de concurso o fallidos, el régimen establece una presunción de aceptación, y el rechazo exige decisión administrativa fundada, y su notificación.

Por su parte el artículo 6 de la RG AFIP n° 2650/2009 (reglamentaria de la ley 26.476) establece una regulación específica para que los deudores en concurso preventivo puedan adherirse al presente régimen. En lo pertinente requiere: 1) manifestar la voluntad de incluir en el régimen las obligaciones devengadas con anterioridad a la fecha del concurso preventivo o las vencidas al 31/7/2007 (art. 6 inc. b); y 2) formalizar en tiempo oportuno la adhesión al régimen de acogimiento cumpliendo los requisitos y condiciones dispuestas en la reglamentación (art. 6 inc. c).

En rigor la reglamentación exige 2 declaraciones de voluntad: 1) al solo efecto de comunicar la intención de acogimiento cuando el deudor en concurso preventivo no ha obtenido todavía resolución homologatoria y no perder la oportunidad que de otro modo fenecería expirado el plazo de la ley 26.476; 2) la formalización en tiempo oportuno del acogimiento que debe reunir todos los requisitos del art. 1 de la ley, formalización que está condicionada a la obtención de sentencia de homologación del acuerdo preventivo en alguno de los dos supuestos regulados en los inc. c.1 y c.2.

La primera declaración no es un acogimiento sino una pura reserva de ejercer un derecho sujeta a que se opere la condición regulada en los incs. c.1 y c.2 respectivamente. Sólo si se obtiene sentencia homologatoria del acuerdo preventivo podría mediar acogimiento por deudas anteriores porque antes de ello el concursado no puede realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación (art. 16 de la ley 24.522). Del mismo modo la homologación del acuerdo es condición del acogimiento

porque solo el acuerdo homologado puede operar la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso (art. 55 de la misma ley); al contrario si no se alcanza el acuerdo preventivo, o si este no es homologado, corresponde la declaración de quiebra (arts. 46, 48, inc. 8 y 51, inc. 4 de la misma ley) que pone al deudor en una situación distinta de la comprendida en el art. 6.

Así debe entenderse que en rigor, en los casos de concurso preventivo, el derecho de acogimiento al régimen del art. 1 de la ley 26.476 está sujeto a una condición suspensiva –sentencia homologatoria del concurso- que de no ocurrir –rechazo del acuerdo y declaración de quiebra- impide la formalización del acogimiento.

Por ende, entendido el derecho de acogimiento sujeto a una condición suspensiva, únicamente a partir de la notificación de la sentencia de homologación podrá el deudor formalizar acogimiento en el término del art. 6, inciso c.2 de la reglamentación. Éste dispone respecto de las resoluciones homologatorias pendientes de dictado al 31 de agosto de 2009 que los sujetos en concurso preventivo en trámite podrán formalizar la adhesión al régimen: *“dentro de los TREINTA (30) días corridos inmediatos siguientes a aquel en que se produzca la respectiva notificación”*.

Así, no producida la condición, no puede haber acogimiento; producida ésta, y presentado el acogimiento, la reglamentación establece que en el supuesto del art. 6 -como es el caso- se requerirá la aprobación formal previa por parte del Organismo para considerar aceptada la adhesión al régimen (art. 28 de la reglamentación).

-IV-

Ahora bien, la AFIP ha declarado que un obligado en concurso preventivo, sin sentencia homologatoria, *“**no** puede acceder al régimen de regularización sino que **solamente** puede realizar una ‘manifestación de voluntad’ para acogerse al mismo una vez que tenga sentencia de homologación.”* (informe de fs. 254).

Reg. n° 18.792

En ese marco normativo es de observar que no compete a los tribunales arrogarse el examen de los requisitos de admisibilidad de un acogimiento que aún no se ha formalizado, examen que en su caso corresponderá en primer término a la Administración Federal de Ingresos Públicos (arts. 28 y 29 de la RG AFIP n° 2650/2009). Evoco que el propio organismo afirmó que: *"si el contribuyente teniendo sentencia homologatoria (dentro de los 30 días inmediatos siguientes en que se produzca la notificación de la sentencia) se presentara ante el Organismo para formalizar el acogimiento al plan, corresponderá recién en dicha oportunidad, que el Organismo se expida sobre si el acta notarial acompañada puede suplir los pasos sistémicos omitidos"*. Esa postura es consecuente con la *ratio* de la ley de concursos, y de la reglamentación de la ley 26.476 (arts. 6 y 28).

De tal suerte, se concluye que, aunque por hipótesis se reconociese el carácter y efecto de reserva del art. 6, inc. b, de la RG AFIP n° 2650/2009 a la declaración y acta de constatación ante notario de fs. 108, o a la presentación ante la AFIP, formulario F.206/I de fs. 113, esas declaraciones no constituyen formalización de adhesión en los términos del art. 6, inc. c, de la misma reglamentación. Por ende el recurrente no puede pretender que se ha acogido al régimen del art. 1 de la ley 26.476, ni menos aún que el acogimiento ha sido aceptado, único supuesto en el cual podría pretender se operan los efectos de suspensión y en su caso extinción de la ley penal regulados por el art. 3 de la misma ley.

Por lo expuesto, concuerdo con el juez doctor Madueño en que corresponde rechazar el recurso de casación de fs. 323/333, con costas (arts. 470 y 530 531 C.P.P.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Que adhiero al voto del doctor García, puesto que la simple reserva o la manifestación de voluntad para adherirse al régimen de la ley “regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado con prioridad en PYMES y exteriorización y repatriación de capitales”; no constituye el acogimiento al mismo, previsto en el art. 3° de la ley 26.476, que habilita la suspensión del proceso. Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:**

Rechazar el recurso de casación de fs. 324/333vta., con costas (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo. Firmado: Raúl R. Madueño, Luis M. García, Guillermo J. Yacobucci.
Ante mí: Gustavo J. Alterini.