

Poder Judicial de la Nación

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

//Plata, 13 de julio 2011. T 83 F* 47

VISTO: Este expediente n° 6058/III, "**DI C. N. E.G., DI C., R. U.T.E. s/ Infracción ley 24.769 art. 9**", procedente del Juzgado Federal de Quilmes;

Y CONSIDERANDO:

I. La decisión recurrida y los agravios.

Llega la causa a esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto (...) por la defensa de J. A. D. C. y R. D. C. contra el resolutorio (...), mediante el cual se los procesó en orden al delito de retención indebida de recursos de la seguridad social, previsto y reprimido en el 9 de la ley 24.769.

Los agravios de la parte pueden resumirse así:

a) la falta de configuración del elemento subjetivo del tipo penal toda vez que se indica que el señor Ll. fue "quien desempeñaba para la época de determinación de las infracciones, la real administración jurídico contable de la empresa (...) padre e hijo, al margen de figurar como los dueños de la firma en los estatutos, resultan ser dos personas de trabajo que incluso trabajan en la firma de choferes de los camiones de recolección o en el caso de D. C. Hijo directamente como recolector, en los días en que falta personal destinado para ello..."; asimismo, se atribuye a Ll. el hecho de haber dejado de pagar el plan articulado para regularizar la situación con el claro propósito de obtener una importante suma de dinero que exigiría luego a los imputados y que diera lugar a la causa nro. 100/3 que tramitó también ante el Juzgado Federal de Quilmes y que actualmente se encuentra radicada ante el Tribunal Oral N° 2 de esta ciudad bajo el nro. 3006/10; b) el elevado monto de la cautelar impuesta, peticionándose su reducción; c) subsidiariamente, se solicita se deje sin efecto la imposibilidad de suspensión de la acción penal en función de lo prescripto en la ley 26.476 dispuesta por el a quo.

USO OFICIAL

II. Antecedentes.

1. La causa se inició con la denuncia efectuada el día 28 de diciembre de 2006 por el Jefe Interino de la Sección Penal Tributaria de la Dirección Regional Sur de la A.F.I.P., doctor Guillermo Restelli, en la que dio cuenta que los responsables de la firma "N. E. G. Di C., J. A. D. C., R. D. D. C. U.T.E." en su calidad de agentes de retención omitieron ingresar al ente recaudador los montos retenidos al personal en relación de dependencia en concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social correspondientes a los períodos de marzo y abril de 2006.

El perjuicio fiscal irrogado arrojó la suma de (...) en el mes de marzo y (...) pesos (...) en el mes de abril; sumas que en cada período superan la condición objetiva de punibilidad dada en el art. 9 de la Ley 24.769 -pesos diez mil (\$10.000)- (...).

El Jefe Interino de la AFIP luego de ratificar los términos de la denuncia, aportó una impresión de pantalla del Formulario de Declaración Jurada (931) e impresiones del sistema informático que documentan la falta de cancelación de las obligaciones indicadas (...).

El organismo recaudador informó que con fecha 17 de octubre de 2006 la firma cuestionada había presentado una solicitud de acogimiento a un plan de facilidades de pago (R.G. 1966/2005 Plan A 340442) comprensivo de los saldos correspondientes a los períodos señalados, el que caducó sin haberse ingresado ninguna de las cuotas propuestas (...).

La Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires informó que la firma se encuentra inscripta bajo matrícula (VIG) n ° 212 de fecha 16 de julio de 1998, legajo (...), registrando domicilio en (...), con última reforma inscripta de fecha 25 de noviembre de 2002, detallando a los imputados como integrantes de la nómina de socios con la especificación de la condición de representante de J. A. D. C. (...).

Poder Judicial de La Nación

La AFIP en el informe glosado (...) proporcionó la composición de la U.T.E. registrada al momento de la denuncia, (...)

2. Con el objeto de contar con toda la documental necesaria para conocer el desenvolvimiento de la firma se allanaron oficinas del Municipio de Florencio Varela y Berazategui -atento la provisión a dichas comunas por parte de la empresa del servicio de recolección de residuos -(...)- y su domicilio comercial - (...)- secuestrándose documentación de variada índole que fue objeto de pericia.

3. En el punto e) de la experticia contable glosada (...) se lee: "Tal como ya expusiéramos la denuncia generada por la AFIP-DGI tiene su origen en la falta de pago de dos períodos mensuales que se detallan en dicha denuncia. Sin perjuicio de ello y sin perder de vista que el encargado de la administración y recaudación de dichos importes es el referido órgano administrativo, hemos tenido a la vista los Formularios 931 por los períodos investigados con sus correspondientes constancias de presentación por vía Electrónica, no habiendo encontrado entre la documental secuestrada las Constancias de Pago correspondientes a dichos períodos.".

A su vez, en el punto 3) del informe pericial (...) el perito transcribe las cláusulas quinta y décimo segunda del contrato de constitución de la Unión Transitoria de Empresas secuestrado en el allanamiento documentado (...), disposiciones que instruyen sobre la designación de J. A. D. C. como representante de la firma ("*Las partes contratantes designan de común acuerdo como REPRESENTANTE al Sr. J. A. D. C...*", la que se mantuvo pese haberse modificado el contrato societario en dos oportunidades -9/10/2002 y 15/9/2006) y establecen que "*La administración de la UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS estará a cargo del representante, quien deberá arbitrar los medios*

necesarios, para la confección de los Estados Contables, de acuerdo al Código de Comercio, de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales y su modificatoria, y las normas contables obligatorias pertinentes. Deberá llevar los libros habilitados a nombre de la UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS, que sean requeridos por las normas legales, para el cumplimiento y desarrollo de su objeto”.

En virtud de otras irregularidades que surgieron de los estudios periciales, en el entendimiento de que podrían dar lugar a delitos de acción pública, fueron derivadas por el a quo a los órganos judiciales competentes para su investigación.

4. (...) se encuentran glosadas las actas que documentan los dichos de los empleados de la firma; piezas respecto de las cuales se transcriben a renglón seguido las partes pertinentes y se subrayan los puntos de mayor importancia:

Testimonio de P.J.O. (...): “...Preguntado por S.S. para que diga si trabajó en la firma comercial N. E. G. de D. C., J. A. D. C., R. D. D. C. U.T.E, responde que si, que trabajó desde el día 01 de mayo de 1992 hasta el 20 de agosto de 2010. (...) de sereno (...) Preguntado por S.S. para que diga si sabe quien estaba a cargo de la dirección de la empresa, responde por lo que sabe era J. A. Di C., y que también estaba su hijo. Preguntado por S.S. para que diga si resulta ser titular de la firma comercial ‘A.F.S. S.R.L.’, responde que como el deponente trabaja en la empresa referida, el Sr. J. A. D. C., y R. D. D. C., le pidieron que les firmara varios papeles y que como el mismo les tenía tanta confianza, y estaba muy agradecido le firmó todos los documentos. Que nunca le explicaron nada, ni le entregaron nada. Asimismo manifiesta que no tiene muchos estudios, por lo que no sabía que eran esos papeles, y no tiene ninguna información de esa empresa.”.

Dichos de E. A. L. (...): “...Preguntado por S.S. para que diga si trabajó en la firma comercial N. E. G.

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

de D.C., J. A. D. C., R. D. D. C. UTE, responde que si, desde el año 1998 y en la actualidad sigue trabajando. (...) es chofer de hidrolavadora (...) Preguntado por S.S. para que diga si sabe quien está a cargo de la dirección de la empresa, responde que J. A. D. C. y su hijo R., que son los que están todo el tiempo. Preguntado por S.S. para que diga si resulta ser titular de la firma comercial 'H.A.U. S.A.', responde que si, que es titular. Preguntado por S.S. para que diga desde cuando es titular, responde que no se acuerda (...) Que le pidieron como un favor que la constituya. Preguntado por S.S. para que diga quien le pidió que constituya la sociedad referida, responde que R. D. C. Preguntado por S.S. para que diga si R. D. C. le mencionó o explicó para que se constituiría la sociedad, responde que no. Preguntado para que diga a que se dedica la sociedad, responde que no sabe, que lo hizo por gauchada, que no sabe nada. Preguntado por S.S. para que diga si alguna vez percibió ganancias de la sociedad referida, responde que no."

Declaración de Á.D.P. (...): "...Preguntado por S.S. para que diga si trabajó en la firma comercial N. E.G.de D. C., J. A. D. C., R. D. D C. U.T.E., responde que si, que trabaja desde el día 01 de mayo de 2005 hasta la actualidad. (...) de chofer (...) Preguntado para que diga si sabe quien estaba a cargo del manejo y dirección de la empresa , responde que cree que están como directores N. E. G. y J. D. C.. Preguntado por S.S. para que diga si resulta ser titular de la firma 'A. F. S. S.R.L.', responde que actualmente no, que no recuerda cuando se formó esa firma, pero que fue antes de que comience a trabajar en la UTE, a pedido de J. y R. D. C., porque el deponente era primo de éste último. Que la sociedad se creó para solucionar algunos temas financieros, la idea era arreglar algunos problemas que tenía la empresa de Di C. en ese momento. Que luego le hicieron firmar un papel que era para dejar sin efecto

la sociedad, por lo que cree que no existe más, pero que no entiende bien.”.

Testimonio de M.Á.F. (...) “...Preguntado por S.S. para que diga si trabajó en la firma comercial N. E. G. de D. C., J. A. D. C., R. D. D. C. U.T.E., responde que si, que trabaja desde el año 1983 hasta la actualidad, de chofer. (...)Preguntado por S.S. para que diga quien realizaba los pago de sueldos a los empleados de la empresa, responde que J. A. D. C. (...)Preguntado por su S.S. para que diga si sabe quien estaba a cargo del manejo y dirección de la empresa, responde que J. Di C. y su hijo R. Preguntado para que diga si fue integrante de la firma comercial N. E. G. de D. C., J. A. D. C., R. D. D. C. U.T.E., responde que si, que no recuerda en que fecha. Preguntado por S.S. para que diga porque se desvinculó de la UTE, responde que la UTE se formó hace varios años, porque se lo exigía la Municipalidad de Florencio Varela para continuar con el servicio de recolección de residuos que prestaban a dicho municipio, la misma estaba integrada por empleados de D. C.. Que para no tener problemas y desvincularse, decidieron separarse. Preguntado por S.S. para que diga si era titular del rodado marca Ford, modelo (X), dominio (Y), responde que si, pero que en realidad era la UTE de D.C., pero figuraba el deponente. Preguntado por S.S. para que diga si compró el vehículo dominio (Y), responde que no, que estaba a su nombre en el Registro, pero que lo compró D.C. y lo inscribió el deponente a pedido de J. D. C ..”.

Declaración de J.V.M.M. (...): “Preguntado por S.S. para que diga si trabajó en la firma comercial N. E.G. de D.C., J. A. D. C., R. D. D. C. UTE, responde que sí, que trabajó desde junio de 2006 hasta la actualidad, pero que en realidad estaba inscripto en la firma “H. A. U. S.A.”. Que el deponente trabajaba en el galpón (...). Preguntado para que diga que función cumple, responde que es encargado de la parte administrativa de personal.

Poder Judicial de La Nación

(...) Preguntado por S.S. para que diga si sabe quien está a cargo del manejo y dirección de la empresa, responde que actualmente está a cargo el Sr. J. A..”.

5. En el marco de sus declaraciones indagatorias los imputados enfatizaron sobre su falta de participación en la administración societaria y su ajenidad en el hecho ilícito denunciado.

J. A. D. C. refirió “...Que la gente que le estaba manejando la administración le sacó fortuna. Preguntado por S.S. para que diga quien estaba a cargo de la administración en el mes de marzo y abril de 2006, responde que cree que estaba a cargo L., quien era el responsable de hacer todos los pagos, excepto los seguros y la ART. En este caso también se encargaba de realizar los aportes de la seguridad social...” (...).

A su turno R. D. D. C. manifestó “... que se encarga del mantenimiento de las unidades. Preguntado por S.S. para que diga quien se encargaba de la dirección de la empresa de recolección de residuos, responde que el que se encargaba de todo era L., de la administración y de los negocios. Preguntado por S.S. para que diga si sabe cual es la función de J. A. D. C. dentro de la empresa, (...) responde que va a la Municipalidad, a las reuniones...” (...).

6. En relación a la restante integrante de la U.T.E., N. E. G., el *a quo* mediante el resolutorio aquí atacado dictó su sobreseimiento.

7. Radicada la causa en esta instancia revisora, se requirió la remisión del expediente sobre extorsión agitada por la defensa (...).

III. Tratamiento de los agravios.

1. Falta de configuración del elemento subjetivo del tipo penal vinculada a la ausencia de intervención de los imputados en el manejo societario.

1.1. Examinadas las constancias de la causa, los argumentos ensayados al respecto por la defensa no revisten, a juicio del Tribunal, entidad para desmerecer

la responsabilidad de R. D. C. y J. A. D. C. en el delito que se les imputa con la certeza requerida en el estado procesal que transita la causa.

1.1.1. Está acreditada la condición objetiva de punibilidad dada por el art. 9 de la ley 24.769, en tanto la empresa que integran los nombrados omitió ingresar al ente recaudador los montos retenidos al personal en relación de dependencia en concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social correspondientes a los períodos de marzo y abril de 2006, siendo que como ya fuera expuesto el perjuicio fiscal irrogado arrojó la suma (...) pesos (...) en el mes de marzo y (...) pesos (...) en el mes de abril.

1.1.2. Sobre el elemento subjetivo del tipo cabe referir que en el injusto que se investiga, el dolo se verifica con el solo conocimiento de la obligación y la voluntad de no cumplirla, extremos que cabe tener por configurados en el presente.

En efecto, está suficientemente probado que durante los meses de marzo y abril del año 2006 R. D. C. y J. A. D. C. eran socios en la firma "N. E. G. D. C., J. A. D. C., R. D. D. C. U.T.E." y que, a su vez, el segundo de ellos era su representante.

También resulta acreditado que: a) J. A. D. C. y R. D. D. C. poseían injerencia activa en el desenvolvimiento societario, ello ha quedado cabalmente ilustrado mediante los testimonios de los empleados de la empresa, de una antigüedad en el empleo de entre 5 a 20 años (que no merecieron objeción alguna en el memorial bajo examen) quienes fueron contestes en colocar en cabeza de los nombrados la dirección, administración y representación de la firma y en ilustrar actos de neto tinte de manejo y conducción que estos realizaron (constitución de sociedades en cabeza de sus empleados); b) Mediante el informe de la AFIP de fs. 68 fue presentada una solicitud de acogimiento a un plan de facilidades de pago que finalmente caducó sin

Poder Judicial de La Nación

cancelarse cuota alguna. A lo anterior se suma la falta de libros contables y su documentación respaldatoria, circunstancias que revelan -como puntualizó el juzgador- la falta de exteriorización de conductas diligentes relativas al giro societario que imposibilitan un conocimiento cierto de la realidad económica y financiera de la empresa.

Sobre tal base, resulta inverosímil considerar que hayan podido desconocer sus responsabilidades en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones como agentes de retención del Sistema de la Seguridad Social.

Por lo anterior, aún en el supuesto de que dicha labor estuviera a cargo de un tercero (que se pone en cabeza de L.), sabían que ello no los eximía de la supervisión de la misma ni de ninguno de los controles de la administración vinculados a la actividad de la empresa.

1.1.3. Tampoco reviste entidad recursiva la existencia de la causa penal vinculada a la extorsión, ya que de las pruebas colectadas y pormenorizadamente aquí analizadas surge claramente que los nombrados no resultaban ajenos a los actos de administración y que los hechos que dan basamento a la causa n° P5369 "Ll., D. M. s/ Extorsión-Estafa" -en trámite ante el Tribunal Criminal Oral N° 3 del Departamento Judicial de Quilmes- (en virtud de la declaración de incompetencia declarada por los integrantes del Tribunal Federal N° 2 de esta ciudad) resultan totalmente independientes a los aquí investigados.

En tal sentido, las constancias del expediente aludido colocan al nombrado Ll. en el rol de abogado -de allí el procesamiento y la requisitoria de elevación a juicio en orden al delito de usurpación de títulos, art. 247 del C.P.- ante la supuesta actividad de letrado de la firma "D. C." (y no por la pretendida calidad de contador que en este expediente propugnan los imputados) y ello -según la declaración testimonial del propio J.

A. D. C. en el expediente solicitado por este Tribunal (...) - a partir de diciembre de 2006.

Por ende, aun en el caso de que la evasión aquí investigada, pudiera constituir una vía para formular una extorsión, ello no desmerece la conducta típica que se endilga a los causantes correspondiente a los meses de marzo y abril del mencionado año 2006.

1.1.4. En este marco, las explicaciones que proporciona la defensa no dejan de ser una versión naturalmente exculpatoria de los imputados, sin sustento objetivo en ningún elemento de la causa.

De lo expuesto se deriva que el juicio de convicción prohiado por el judicante, de momento se avista como una adecuada respuesta al silogismo ofrecido por la investigación, más allá del esfuerzo defensivo en procura de diluir la responsabilidad atribuida a sus asistidos.

2. Desproporción del monto de la medida cautelar impuesta en relación al perjuicio.

El juez instructor en los apartados II) y IV) del auto interlocutorio atacado fijó una caución real (\$...) para cada uno de los imputados.

Al respecto se dirá que la naturaleza cautelar del auto que ordena el embargo tiene como fin garantizar en medida suficiente la "eventual" pena pecuniaria y la efectividad de las responsabilidades civiles emergentes de los delitos. Así lo establece el art. 518 del CPP.

Sentado lo anterior, teniendo en consideración el monto del perjuicio patrimonial registrado en estas actuaciones, el giro comercial de la empresa y la circunstancia de que la misma transita su concurso preventivo -(...)-, el Tribunal estima elevado el monto fijado en concepto de caución real, estimándose razonable establecerlo en la suma de \$ (...) para cada imputado.

Poder Judicial de La Nación

3. Imposibilidad de acogerse al art. 3 de la Ley de Regularización Impositiva Ley 26476 dispuesta por el a quo.

La parte pretende confeccionar un agravio sobre la base de lo dispuesto por el juez instructor en la parte del interlocutorio en estudio que reza "(...) la contribuyente mencionada incluyó las sumas adeudadas en un plan de facilidades de pago con fecha 17 de octubre de 2006, el cual caducó como consecuencia del incumplimiento de las cuotas establecidas, por tal motivo debe descartarse la posibilidad de suspender la acción penal en curso, prevista en la ley 26.476" (...).

Conforme el juego armónico de los arts. 1, 9 y 41 del cuerpo legal citado, la inclusión en el régimen de regularización de deudas tributarias (inclusivo de aquella registradas en planes de facilidades de pago caducos por deudas anteriores al 31 de diciembre de 2007, como es el caso) presupone la solicitud concreta del interesado ante el órgano administrativo, para que una vez concedido pueda hacerlo valer ante el órgano judicial en pos de obtener la suspensión de la acción penal que propicia la norma, rechazo que efectivamente configuraría un agravio y permitiría su tratamiento.

En el caso en estudio la parte efectuó un trámite para acogerse al plan de facilidades de pago que caducó y es a ese específico trámite al que se refirió el juzgador al negarle virtualidad por tal motivo para suspender la acción penal en curso, por lo que el pedido efectuado por la defensa en forma subsidiaria carece de sustento.

Por ello SE RESUELVE: Confirmar la decisión apelada (...), modificando la medida cautelar de la manera indicada en el apartado pertinente.

Regístrese, notifíquese y devuélvase, previa remisión de la causa penal sobre extorsión requerida. Fdo. Jueces Sala III Dres. A. Pacilio. Carlos Alberto Vallefín. Ante mí: Dra. Maite Irurzun. NOTA: Se

deja constancia que el doctor Carlos Alberto Nogueira no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Conste.