

Delitos Evasion Tributaria Evasion Agravada Monto Evadido Ley Penal Mas Benigna

JURISPRUDENCIA

Rosario, 19 de marzo de 2014.- Visto

en Acuerdo de la Sala "B", el expediente N° FRO 94005036-2012., caratulado "Productos Argentinos S.R.L. "B", H. O. s/ Ley 24.769" (Expte. N° 141/08 del Juzgado Federal N° 3, Secretaría B de Rosario), del que resulta que: Vienen los autos a conocimiento de este Tribunal, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el Fiscal Federal Subrogante a cargo de la Fiscalía Federal N° 1 de esta ciudad, Dr. Marcelo Miguel Degiovanni (fs. 481/483), los abogados de la AFIP-DGI Dres. Carlos Alberto Buttice y María Cecilia Sánchez Wüst (fs. 485/488) y el Dr. Carlos E. Racamato por la defensa técnica de H. O. B. (fs. 494/499), contra la Resolución N° 575/12, en cuanto declaró la extinción de la acción penal en relación a la presunta evasión del Impuesto al Valor Agregado del período fiscal 12/2001 al 11/2002 por el monto de \$?, sobreseyendo al imputado a su respecto; y procesó al encartado por la presunta comisión del delito previsto y penado en el Art. 11 de la Ley 24.769 correspondiente al período 08/2002 (fs. 476/480). Concedidos dichos recursos (fs. 489 y 500), los autos se elevaron a la Alzada (fs. 520). Recibidos por sorteo informático en esta Sala "B" (fs. 521), el Fiscal Federal mantuvo el recurso oportunamente incoado por quien lo precedió en la instancia (fs. 522). Designada audiencia oral para informar, se puso en conocimiento de las partes la opción por la modalidad escrita establecida en la Acordada N° 166/11 (fs. 528). Agregados los escritos presentados por los representantes de la AFIP (fs. 529) y por la defensa del imputado (fs. 530), se celebró la audiencia pertinente (fs. 532/533), los presentes quedaron en estado de ser resueltos. El Dr. Toledo dijo: 1°) El representante del Ministerio Público Fiscal sostiene que la Ley 26.735 ajustó montos a partir de los cuales son punibles algunas de las conductas tipificadas en la Ley Penal Tributaria con el fin de adecuarlas a la realidad social pero no para despenalizar las conductas. Refiere al cumplimiento de la instrucción impartida mediante la Resolución PGN 5/12. Formula reserva de derechos. 2°) La parte querellante se agravia por la aplicación retroactiva de la Ley 26.735. Entiende que la actualización de las condiciones objetivas de punibilidad no modifica los elementos permanentes del tipo penal que son los que expresan el reproche del legislador por la conducta incriminada. Hace reservas recursivas. 3°) Por su parte, la defensa técnica del imputado manifiesta que tanto la Fiscalía como el Magistrado yerran al tomar como fecha de la comisión del delito tipificado en el artículo 11 de la Ley 24.769 para el período fiscal 8 del año 2002, la fecha de la impugnación de la administración sobre dicho período (año 2007) y no la fecha de la supuesta configuración del ilícito (año 2002). Expresa que la cuestión debatida se encuentra prescripta. Considera que la litis no se halla subjetivamente integrada dado que las personas (refiriendo a los socios) que deberían haber sido indagadas por las presuntas ilicitudes ni siquiera fueron convocadas. Se pregunta si sólo B. es el responsable de Productos Argentinos S.R.L. Indica que se ha vulnerado el debido proceso atento a que su pupilo fue denunciado por la AFIP por un hecho enunciado en el artículo 6° de la Ley 24.769 y fue procesado por el artículo 11 de la norma citada. Enuncia reserva de la cuestión constitucional. 4°) Respecto a los agravios esgrimidos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y por la parte querellante, cabe reseñar que la Ley 26.735, en lo que aquí interesa, llevó a cuatro millones de pesos por cada impuesto y por cada ejercicio la condición objetiva de punibilidad consagrada en el artículo 2°, inciso a) de la citada ley penal tributaria. Por ende, conforme a su letra, la denuncia efectuada por la AFIP (fs. 10/22) contra los responsables de la firma "Productos Argentinos S.R.L." por la presunta evasión agravada del Impuesto al Valor Agregado, período fiscal anual 2002, por la suma de \$?, no puede ser perseguida penalmente, lo que constituye el mayor grado de benignidad y determina la aplicación retroactiva de esa norma de acuerdo al imperativo del Art. 2 del Código Penal. Al respecto cabe remitirse -brevitatis causa- tal como lo hizo el magistrado- a un precedente de la C.S.J.N. que no obstante referir a una anterior modificación de la Ley 24.769 es de aplicación al caso de autos por tratarse de una situación análoga (fallo del 23 de octubre de 2007 en autos "Palero, Jorge Carlos", Fallos 330:4544). En igual sentido, se pronunció la C.N.C.P., Sala II, en la causa N° 15.971, "Zini, Vicente Antonio y Ots s/ recurso de casación", registro N° 1376/12, del 28/09/12; Sala IV en "Porcel, Raúl s/recurso de casación" causa nro. 10149, de fecha 29/02/2012; "Cicoria, Carlos Fabián s/recurso de casación", causa nro. 13.332 de fecha 18/04/2012. Tal como lo dispone el Art. 2 del C.P., Art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y atendiendo al criterio de los fallos señalados, deviene insoslayable la aplicación retroactiva de la ley más benigna, en el caso, la Ley 24.769 según los montos establecidos mediante la reforma de la Ley 26.735. Asimismo, es menester señalar que las normas convencionales y legales consagran el principio de retroactividad de la ley penal más benigna sin la indicación de ningún condicionamiento como el que ha invocado el fiscal en favor de su posición. Por ello, frente a esta situación, sólo cabe aplicar el principio pro homine según el cual debe acudirse siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos

protegidos. En tal sentido, se ha dicho que ¿la distinción entre ¿cambio de valoración? y ¿actualización? en el ámbito de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, como criterio para considerarlo aplicable en el primer caso y no en el segundo, restringe el alcance tanto desde el punto de vista gramatical como desde la interpretación extensiva que exige el principio pro homine. Se trata pues, de una restricción indebida por cuánto donde la ley no distingue, el intérprete no debería hacerlo máxime cuando se trata de la vigencia efectiva de garantías constitucionales? (Díaz Cantón, Fernando, ¿Reforma de la ley penal tributaria y aplicación de la ley penal más benigna?, La Ley, 29/05/12). En consecuencia, por aplicación de la ley penal más benigna, no superándose como condición objetiva de punibilidad, el monto establecido en el Art. 2, inc. a) de la Ley 24.769 modificado por Ley 26.735, corresponde no hacer lugar a los recursos deducidos por el fiscal, y la parte querellante, toda vez que el auto apelado luce ajustado a derecho, de conformidad con lo previsto en el Art. 2 del Código Penal, por lo que habrá de confirmarse a su respecto el decisorio apelado. 5º) Abordando los agravios de la defensa del imputado, es dable recordar que el delito de simulación dolosa de pago previsto en el artículo 11 de la Ley 24.769, busca castigar a aquel obligado, que con ardid o engaño simule el pago total o parcial de sus obligaciones tributarias. La simulación se traduce en la presentación de algo que no existe, intentando crear una realidad que no es tal, mediante la presentación de registraciones o comprobantes falsos, que si bien no acreditan en forma directa el pago permiten deducir o presumir el mismo (¿Delitos de la Ley Penal Tributaria?. Federico Luis Casal, Manuel Romero Victorica, Juan P. Vigliero. Primera Edición. Buenos Aires. Ediciones Técnicas Empresarias. 2.008). Así pues, para la consumación del delito, basta la utilización del instrumento adulterado, que ponga en peligro el bien jurídico protegido por la figura. En primer término, el tipo penal reprochado (simulación dolosa de pago previsto y penado en el Art. 11 de la Ley 24.769), fue por el cual el imputado fue oportunamente indagado (ver fs. 438 y vta.). Se colige que la presentación efectuada por el encartado, mediante la cual pretendió simular el crédito fiscal (compensación efectuada por el período 08/2002 en fecha 24/10/05 por la suma de pesos \$?), fue impugnada por la fiscalizadora. Las probanzas obrantes en la causa, prima facie, habilitan a confirmar el encuadre jurídico de los hechos al tipo que se investiga, siempre teniendo en cuenta el momento procesal por el que atraviesa la causa, en la cual no se halla un juicio de certeza negativa que autorice a dictar el sobreseimiento solicitado. 6ª) En efecto, corresponde mantener el criterio adoptado por el a-quo respecto a la fecha de la presunta comisión del ilícito (24/10/05), cuando se presentó ante la AFIP la solicitud para compensar el pago de la retención del IVA por el período 08/2002. Cabe recordar que la pena máxima prevista por el Art. 11 de la Ley 24.769 es de seis años. Atendiendo a la fecha anteriormente referida, y reseñando que el decreto de citación a indagatoria por dicho delito -cual interrumpiera la prescripción- fue en fecha 25/04/2011 (fs. 432), no corresponde declarar extinguida por prescripción la acción penal en trato. 7º) En cuanto a la responsabilidad del imputado por el hecho reprochado, conforme surge del Contrato Social de la firma, que data del año 1996, agregado a fs. 25/26 vta., ¿La administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, con facultades para actuar en forma individual o indistinta, libremente reelegibles, siendo necesaria la firma de uno cualquiera para obligar a la sociedad ? se designa a los Sres. H. O. B. ? y al Sr. J. A. F. B. ?? (ver cláusula sexta). No obstante, existieron modificaciones a dicho contrato. Concretamente, en el año 2001, se designó como único gerente a H. O. B. (fs. 30). Amén de ser éste, el socio gerente de la firma en cuestión, su facultad de administración y consecuente responsabilidad por el hecho que se le ha imputado ha quedado comprobada también con otras constancias existentes en la causa, como ser cheques firmados y endosados por él relativos a las operaciones impugnadas, contestaciones de vistas ante la fiscalizadora, rúbricas en detalle de operaciones y en formularios de actas, inspecciones, notificaciones de la AFIP, representación de la firma en contratos, firmas en solicitudes de compensaciones, declaraciones juradas de IVA rectificadas y en planillas sobre ajustes de balances, cuentas bancarias a su nombre que operaban para la empresa, firma registrada en bancos para operar en nombre de la firma, operatoria bancaria y fiscal de la empresa, firmas en órdenes de pago (Cuerpo Principal Nº 1, fs. 17/18; Cuerpo Principal Nº 2, fs. 230/248, 341/377, 249/334, 378/400 vta.; Cuerpo Principal Nº 3, fs. 401/420, 566/574; Cuerpo de Cruces Bancarios Nº 1, fs. 154, 161/167 vta.; Cuerpo de Cruces Bancarios Nº 4, fs. 703/709 vta., 716/747; Cuerpo Principal Nº 4, fs. 601/602, 604/609, 610/611 vta., 640/648 de la documental administrativa obrada en la Agencia Sede Rosario II de la AFIP; y ver prueba referida por la recaudadora en autos a fs. 262/264 y 278/289 -Resolución Nº 18/19 DV RRR2-). En síntesis, en las actuales circunstancias, y aunque la presentación efectuada en fecha 24/10/2005 del formulario para la solicitud de la compensación pretendida por el contribuyente (SICORE IVA del período 8/2002 por la suma de \$?), fue vía web con utilización de clave fiscal (fs. 166), es menester reseñar, tal como lo hizo el a-quo, que H. O. B. era el obligado al pago del tributo en virtud del cual se cometió la presunta simulación dolosa del pago del mismo. Se evidencia -con la investigación administrativa y conforme lo establece el Art. 14 de la Ley 24.769- la participación activa del imputado en el manejo económico y fiscal de la empresa en el período fiscal investigado. Bajo tales consideraciones, los agravios de la defensa del encartado no resultan suficientes para desvirtuar lo ponderado por el a-quo para arribar al grado de conocimiento que exige el Art. 306 del CPPN, sin perjuicio de consideraciones más exhaustivas que correspondan eventualmente en otras etapas del proceso. Así voto.- El Dr. Bello adhirió a los fundamentos y conclusiones del

voto del Dr. Toledo. La Dra. Vidal dijo: Respecto del recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal, debe repararse que fue esta parte quién expresamente solicitó en dos oportunidades que se dictara el sobreseimiento del imputado (ver fs. 430/431 y 470vta) haciendo aplicación de la ley 26.735 como ley penal más benigna, por lo que debe declararse mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que receptó su solicitud por carecer de agravio que lo sustente conforme lo normado por el artículo 432 del C.P.P.N., tal como ha sido ya resuelto por este Tribunal en oportunidades anteriores (vgr. Acuerdo n° 281/12). Con relación al recurso de apelación presentado por la querellante, adhiero al voto del Dr. Toledo en razón del criterio sostenido por este Tribunal, en Acuerdos n° 76/12, 315/12, 330/12, 347/12, 58/13 y 113/13, entre otros, en concordancia con lo resuelto por el magistrado instructor, y con los fundamentos expuestos por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dictados sobre la misma cuestión dilucidada en este Acuerdo, en autos ?Porcel, Raúl s/recurso de casación? causa nro. 10149, de fecha 29/02/2012, y ?Cicoria, Carlos Fabián s/recurso de casación?, causa nro. 13.332 de fecha 18/04/2012 así como por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación penal que han confirmado los Acuerdos n° 315/12 P, 330/12 P, 76/12 P y 347/12 P aludidos precedentemente. He de destacar además que recientemente han sido rechazados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación los recursos extraordinarios interpuestos contra una decisión de igual tener por considerarlo inadmisibles (artículo 280 C.P.C.C.N), (véase fallo del más Alto Tribunal en autos ?Soler, Diego s/ recurso de casación? en fecha 18/02/14 -S. 765 XLVIII). En relación al recurso interpuesto por el defensor del imputado, adhiero a los fundamentos dados por el Dr. Toledo en su voto. Así voto. Atento al resultado del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** Confirmar la resolución N° 575/12 obrante a fs. 476/480, en lo que ha sido materia de recurso. Insértese, hágase saber, comuníquese en la forma dispuesta por Acordada N° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente devuélvanse los autos al Juzgado de origen. (Expte. N° FRO 94005036-2012).- Fdo.: Elida Vidal (en disidencia parcial)- José G. Toledo- Edgardo Bello (Jueces de Cámara)- Ante mi, María Verónica Villatte (Secretaria de Cámara).-
Correlaciones: Ley 24769 - BO: 15/1/1997 Cita digital: