

## Retencion Indebida De Aportes Agente De Retencion

### JURISPRUDENCIA

### Retención indebida de aportes. Agente de retención

En el

marco de una causa por infracción a la ley 24.769 se resuelve confirmar la resolución que resolvió decretar el procesamiento sin prisión preventiva de los imputados por considerarlos, prima facie, autores penalmente responsables del delito de apropiación indebida de aportes de la seguridad social retenidos a los dependientes de Cerámica S. Cutral-Co y dispuso trabar un elevado embargo sobre los bienes de los nombrados.

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2015. VISTOS: El recurso de apelación interpuesto por la defensa de J.A.S. y de V.S. a fs. 569/572 de los autos principales (fs. 14/17 de este incidente) contra la resolución de fs. 560/567, también de los autos principales (fs. 5/12 de este incidente), por la cual el tribunal de la instancia anterior resolvió: ?I. DECRETAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de J.A.S. y V.S....por considerarlos, prima facie, autores penalmente responsables del delito de apropiación indebida de aportes de la seguridad social retenidos a los dependientes de Cerámica S. Cutral-Co SACIFA, correspondientes a los períodos comprendidos entre enero y noviembre de 2009 (arts. 9 y 14 de la ley 24.769 y 306 del Código Procesal Penal)...?, y dispuso trabar un embargo sobre los bienes de los nombrados hasta cubrir la suma de un millón trescientos mil pesos \$ 1.300.000. La presentación de fs. 29/37 vta. de este incidente, por la cual la defensa de J.A.S. y de V.S. informó por escrito en la oportunidad prevista por el artículo 454 del C.P.P.N. Y CONSIDERANDO: 1°) Que, la resolución recurrida se fundó en la estimación relativa a la existencia de elementos de prueba suficientes que permitirían acreditar, ?prima facie?, que V.S. y J.A.S. habrían sido los responsables de la dirección y de la administración de CERÁMICA S. CUTRAL-CO S.A.C.I.F.A., y que en aquel carácter, habrían practicado la retención del porcentaje del importe de los sueldos de los empleados en relación de dependencia de aquella sociedad establecido legalmente en concepto de aportes con destino al Régimen Nacional de la Seguridad Social correspondientes a los períodos fiscales mensuales comprendidos entre enero y noviembre del año 2009, ambos inclusive, y que no los habrían depositado en la cuenta correspondiente a la orden del Sistema Único de Seguridad Social, dentro de los diez días hábiles administrativos vencidos los plazos para el ingreso de aquéllos. 2°) Que, por el recurso de apelación, la defensa de J.A.S. y de V.S. se agravio de lo dispuesto por el pronunciamiento de fs. 560/567 del legajo principal por discrepar con la valoración de los elementos probatorios efectuada por el juzgado de la instancia anterior y con las estimaciones provisorias que se efectuaron a partir de aquella valoración, acerca de la existencia del delito tipificado por el art. 9 de la ley 24.769 y de la participación culpable de los nombrados en aquel delito. En efecto, la parte recurrente concretamente indicó que mediante la resolución cuestionada ?... se afirma, sin sustento, que la empresa tenía capacidad económica para afrontar los pagos de las cargas sociales...?. Asimismo, consideró que la resolución recurrida contiene ?...una fundamentación contradictoria y aparente...?. Además, el apelante manifestó que la fábrica durante el año 2009 fue tomada por un grupo de trabajadores en virtud de lo cual ?...se excluyó a mis defendidos de la administración...?, y que ?...dicho proceso se mantiene hasta el presente siendo que en el año 2014 la provincia de Neuquén expropió a favor de los trabajadores la titularidad de la planta...?. También, se agravio del monto del embargo dispuesto por considerarlo excesivo (confr. fs. 569/572 de los autos principales, las transcripciones son copias textuales de los originales). Por otro lado, sostuvo que ?...Sin perjuicio de que corresponde introducir este planteo como una cuestión autónoma, no podemos soslayar que la causa adolece de un requerimiento fiscal de Instrucción. No hay impulso jurisdiccional que ampare con su validez el proceder autónomo decidido por V.S...?. 3°) Que, previo a resolver la cuestión de fondo, corresponde examinar el planteo de nulidad de la resolución recurrida, efectuado por la defensa de J.A.S. y de V.S., el cual se sustenta en la violación de lo dispuesto por el art. 123 del C.P.P.N. por estimar que existiría una fundamentación aparente de la resolución recurrida, lo cual equivaldría a una falta de fundamentación. 4°) Que, según ha establecido este Tribunal en numerosas oportunidades, el postulado rector en lo que hace al sistema de las nulidades es el de la conservación de los actos. La interpretación de la existencia de aquéllas es restrictiva (confr. art. 2 del C.P.P.N.) y sólo procede la declaración cuando por la violación de las formalidades resulta un perjuicio real, actual y concreto para la parte que las invoca, y no cuando se plantean en el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial (confr. Regs. Nos. 367/00, 671/00, 682/00, 1170/00 y 533/07, entre muchos otros, de esta Sala ?B?). 5°) Que, sin perjuicio de la exigencia genérica de fundamentación de los autos que se prescribe por el art. 123 de la ley procesal, por el art. 308 del C.P.P.N. se disponen, específicamente, las formas que deben observarse para la validez de un auto de procesamiento. Por lo tanto, es útil poner de relieve que, por el pronunciamiento cuestionado, se consignaron los datos personales de los imputados, se detallaron los hechos que se atribuyen a los nombrados, se señalaron los elementos probatorios que sustentan la decisión adoptada, se efectuó un examen de los argumentos de las defensas, se expresaron los motivos de la decisión impugnada y se indicó la calificación legal, ?prima facie?, atribuible a los hechos, con cita de

las disposiciones legales que se estimaron aplicables. En consecuencia, corresponde establecer que en el caso se observaron las previsiones del art. 308 del C.P.P.N. 6°) Que, para que la nulidad de una resolución se produzca por causa de vicios de la fundamentación, aquélla debe mostrar omisiones sustanciales de motivación, o resultar autocontradictoria, o arbitraria por apartamiento de las reglas de la sana crítica, de la lógica, de la experiencia o del sentido común, o estar basada en apreciaciones meramente dogmáticas. Estos defectos no se advierten en la resolución recurrida, que ofrece una motivación suficiente de lo decidido, independientemente de la coincidencia, o no, que se pueda tener con aquellas conclusiones. 7°) Que, por lo tanto, se advierte que la tacha de arbitrariedad efectuada por el apelante sólo constituye una discrepancia con los criterios vinculados con la cuestión de fondo debatida en los autos principales y con las conclusiones a las cuales se arribó por la resolución apelada, sin que por aquella circunstancia se encuentre mérito suficiente para declarar la invalidez de los autos de procesamiento examinados. 8°) Que, las diferencias de criterio que tengan las partes con relación a la fuerza o al alcance probatorio de los elementos incorporados a la causa y a la idoneidad de éstos para generar la convicción suficiente que se exige para el dictado del auto de procesamiento (art. 306 del C.P.P.N.) son materia de la discusión central del trámite del recurso de apelación, pero no implican la invalidez de la resolución recurrida, en los casos -como el que se presenta en el "sub lite"- en los cuales por los autos impugnados se cumple con los requisitos de motivación que se prescriben por la ley procesal vigente (confr. Reg. N 923/03, de esta Sala "B"). En consecuencia, el planteo de nulidad efectuado no puede tener una recepción favorable. 9°) Que, los elementos de prueba incorporados al legajo principal al que corresponde este incidente, que fueron mencionados por el señor juez "a quo" por la resolución recurrida, constituyen un cuadro probatorio idóneo y suficiente, con el alcance exigido por el art. 306 del C.P.P.N., para arribar a la estimación que se efectuó por la resolución apelada, relativa a la acreditación de la materialidad de los hechos de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social mencionados por el considerando 1° de la presente y a la participación culpable de J.A.S. y de V.S. en aquellos hechos. 10°) Que, en efecto, al interpretar el texto legal del art. 8 de la ley 23.771, sustancialmente análogo al del art. 9 de la ley 24.769, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que se trata de un delito de omisión, de carácter instantáneo y que se consuma en el aspecto material u objetivo, en el momento preciso en que el acto omitido debería haberse realizado (Fallos 320:2271). 11°) Que, de las constancias de la causa y de la documentación complementaria reservada por la secretaría, surge que CERÁMICA S. CUTRAL-CO S.A.C.I.F.A. revestía, en la época de los hechos investigados, la calidad de agente de retención del sistema de la seguridad social nacional, que se habrían declarado empleados en relación de dependencia, que se habrían practicado las retenciones a aquellos empleados en concepto de aportes al régimen de la seguridad social, que los montos totales de los aportes retenidos en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2009 habrían sido de \$ 58.841,78, \$ 55.324,58, \$ 55.384,80, \$ 48.954,72, \$ 50.656,57, \$ 83.034,83, \$ 46.455,14, \$ 36.252,22, \$ 35.983,83, \$ 45.590,03 y \$ 42.146,34, respectivamente, que aquellos montos son superiores al establecido por el art. 9 de la ley 24.769 como condición para la aplicación de la pena (\$ 20.000, según la modificación otorgada por la ley 26.735) y que no se habrían efectuado los depósitos de las sumas retenidas después de transcurridos los diez días hábiles del vencimiento del plazo establecido. Con relación a la retención practicada, se advierte que la contribuyente no sólo habría declarado ante el organismo de recaudación haber retenido aquellas sumas, sino que en los recibos de sueldo aportados por los empleados de CERÁMICA S. CUTRAL-CO S.A.C.I.F.A se encuentran discriminadas las retenciones de los recursos de la seguridad social cuyo depósito no habría sido efectuado (confr. fs. 88/89 de los autos principales y Actuación de la A.F.I.P.-D.G.I. N° 15265-9062-2013/1). 12°) Que, de los cuadros denominados "Analíticos Tesorería" confeccionados por la A.F.I.P.-D.G.I. a partir de los libros y de los recibos y de las facturas secuestradas en el allanamiento practicado en la sede administrativa de la contribuyente, sita en la calle Florida N° 440, piso 3°, oficina 7, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 268/271 de los autos principales y 261/270 de las actuaciones de la A.F.I.P.-D.G.I N° 15265-8544- 2013) -los cuales reflejarían los ingresos, egresos y saldos de cada período- se verificaría que durante los meses de mayo, septiembre y octubre -meses en los cuales, entre otros, deberían haberse depositado las retenciones en cuestión- la sociedad habría tenido saldos que habrían ascendido a las sumas de \$ 110.347,76, \$ 95.810,77 y \$ 93.455,46, respectivamente. Asimismo, de los resúmenes mencionados surge que la persona jurídica investigada habría contabilizado ingresos en otros períodos cuyo egreso no estaría reflejado en la documentación secuestrada, lo cual implicaría que los responsables de CERÁMICA S. CUTRAL-CO S.A.C.I.F.A. habrían tenido la posibilidad material de efectuar los depósitos de los aportes previsionales retenidos a los empleados en relación de dependencia de aquélla, en las fechas correspondientes, y que los fondos disponibles habrían sido utilizados para el pago de otras obligaciones. 13°) Que, la obligación de depositar los aportes previsionales proviene de la calidad de agente de retención. Por lo tanto, las sumas en principio retenidas, cuyo depósito se habría omitido, no constituirían fondos propios de los cuales se podría disponer libremente con la finalidad de solventar otras supuestas obligaciones de la sociedad (confr. Regs. Nos. 568/03, 636/03 y 297/08, entre otros, de esta Sala "B"). 14°) Que, por otro lado, si bien la defensa de J.A.S. y de V.S. manifestó que los nombrados habrían sido excluidos de la administración de la sociedad en virtud

de la toma de la empresa por parte de un grupo de trabajadores y que, por aquel motivo, aquéllos no habrían intervenido en las retenciones de los aportes que se investigan en el presente legajo, los empleados administrativos de la contribuyente que prestaron declaración testifical en la causa fueron contestes al manifestar que J.A.S. y V.S. -quienes asimismo aparecen en los legajos societarios ocupando los cargos de presidente y de vicepresidente de la sociedad, respectivamente- eran los responsables de la administración y de la dirección de la sociedad a la época de los hechos (confr. fs. 498/496, 513/514, 515/517, 518/519, 531/532 de los autos principales), mientras que, de los autos principales a los cuales corresponde el presente incidente, no surgen, al menos por el momento, elementos de prueba que acrediten la toma supuesta de la empresa por parte de los trabajadores durante el período investigado, ni las consecuencias que la misma podría haber producido en vinculación con los hechos imputados. Por consiguiente, el agravio relacionado con la falta de "...elementos que permitan establecer la real participación en el hecho por parte de mis defendidos...?", tampoco puede prosperar. 15°) Que, por lo expresado, sin perjuicio de la necesidad de producir otras medidas de prueba, lo cierto es que en el caso los elementos, mencionados por los considerandos anteriores, en el estado actual de la investigación, permiten efectuar una estimación provisional acerca de la existencia de los hechos ilícitos investigados y de la participación culpable de J.A.S. y de V.S. en aquéllos. En este sentido, este Tribunal ha expresado: "...para el dictado del auto de procesamiento se requieren elementos de prueba por los cuales, al menos, se permita corroborar la existencia de un estado de probabilidad con respecto a la comisión del delito investigado, y a la participación culpable de los indagados por aquel hecho..." (confr. Regs. Nos. 606/10 y 184/13, entre otros, de esta Sala ?B?). 16°) Que, con respecto al monto del embargo dispuesto por el juzgado de la instancia anterior, por lo manifestado por el recurrente no se demuestra la improcedencia concreta de los montos fijados por la resolución apelada en procura de garantizar las eventuales y diversas obligaciones que se imponen por el art. 518 del C.P.P.N. (confr. Regs. Nos. 266/03, 932/03 y 387/04, de esta Sala ?B?). En efecto, si se tienen en cuenta los importes supuestamente retenidos, el tiempo transcurrido desde aquella retención, las actualizaciones eventuales que pudieran corresponder, las costas y los gastos del proceso (art. 533 del C.P.P.N.), se permite concluir que aquel monto no sería excesivo. 17°) Que, con relación al planteo de nulidad de todo lo actuado en la causa por falta de un requerimiento fiscal de instrucción introducido por la defensa de J.A.S. y de V.S., por tenerse en cuenta que aquel planteo es ajeno a la cuestión considerada por la resolución recurrida, que el mismo amerita un tratamiento específico que supera el objeto del presente incidente, y que aquél podrá ser efectuado por la vía procesal y en la instancia correspondiente, no corresponde ingresar por la presente al examen de aquella cuestión. Por ello, SE RESUELVE: I. CONFIRMAR la resolución recurrida. II. CON COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de Superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, y devuélvase junto con los autos principales y la documentación reservada por secretaría. Firmado por: MARCOS ARNOLDO GRABIVKER, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROBERTO ENRIQUE HORNOS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: NICANOR MIGUEL PEDRO REPETTO, JUEZ DE CAMARA Firmado(ante mi) por: FEDERICO ROLDAN, SECRETARIO DE CAMARA 007984E