

## Apropiación Indebida De Recursos De La Seguridad Social Ley Penal Mas Benigna Extinguida La Accion Penal

### JURISPRUDENCIA

### Apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Ley penal

más benigna. Extinguida la acción penal Se revoca el fallo recurrido, declarando extinguida la acción penal en orden al delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social, pues resulta aplicable al caso el actual artículo 16 de la ley 24769, que establece que el sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él. Córdoba, 04 de julio de 2017. Y VISTOS: Estos autos caratulados ?BORRI, EDUARDO ALBERTO y OTROS S/APROPIACION INDEBIDA DE RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL?,? (Expte. N°: FCB 42001029/2012/CA1), venidos a conocimiento de la Sala A del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los imputados Eduardo Alberto Borri, Gerardo Luis Mancinelli, María Cecilia Abraham, Mario Javier Mancinelli y María Rosa Miguel, en carácter de titulares de la firma ?Bertotto Bognione S.A.?, en contra de la resolución dictada con fecha 05 de mayo de 2016, por el señor Juez Federal de Bell Ville, mediante la cual dispuso: ?RESUELVO: I.-Ordenar el PROCESAMIENTO de Eduardo Alberto BORRI, D.N.I. N° ...; de Gerardo Luis MANCINELLI, D.N.I. N° ...; de María Cecilia ABRAHAM, D.N.I. N° ...; de Mario Javier MANCINELLI, D.N.I. N° ... y de María Rosa MIGUEL, D.N.I. N° ..., de condiciones personales relacionadas supra, por considerarlos supuestos autores responsables del delito que provisionalmente se califica como ?Apropiación Indebida de Recursos de la Seguridad Social? previsto en el art. 9° de la Ley N° 24.769 y modificatorias, con fundamento en las razones dadas en los considerandos y en orden a lo prescripto por el art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación. II.-Mandar trabar embargo sobre propiedades de los incoados hasta cubrir, cada uno, la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000), debiendo ser anotada la inhibición general de aquel que carezca de bienes o que los que posea resulten insuficientes para alcanzar el importe en cuestión. (art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación). III.- Regístrese y hágase saber. Fdo: ROQUE RAMON REBAK, JUEZ DE 1RA. INSTANCIA. Y CONSIDERANDO: I. Arriban los presentes autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación presentado por la defensa técnica de los imputados Eduardo Alberto Borri, Gerardo Luis Mancinelli, María Cecilia Abraham, Mario Javier Mancinelli y María Rosa Miguel, en carácter de responsables de la empresa Bertotto Bognione S.A. en contra de la resolución dictada por el Juez Federal de Bell Ville, cuyo fragmento resolutivo ha sido transcrito precedentemente. Los recurrentes se agravan por entender que en autos no se ha aplicado el art. 16 de la Ley 24.769, toda vez que la deuda que la contribuyente Bertotto Bognione S.A. mantenía con el Fisco, se canceló con anterioridad a que el Fisco iniciara la inspección y, por lo tanto en forma previa a la denuncia penal presentada por AFIP-DGI. Asimismo, sostiene que no existe ninguna documentación presentada que acredite la participación de los imputados en los hechos que se les atribuye. Por otro lado, expresan que la decisión del Juez de Primera Instancia resulta infundada y, por lo tanto, nula, en razón de que el Juez Subrogante tenía asumida una posición contraria a la que exhibe en la presente causa, disponiendo sobreseimientos cuando se ha cancelado la obligación o suspendiendo los procesos cuando los acusados hubieren asumido un plan de pago. Por lo tanto, este cambio de criterio en el Juzgador exige que se den los fundamentos que ha llevado a abandonar la posición anterior y a asumir nuevo criterio. II. Radicados los autos en esta Alzada, comparece el abogado defensor de los imputados, Dr. Lorenzo Juan Cortese, presentando por escrito el informe de agravios de conformidad al art. 454 del CPPN y al Acuerdo N° 276/2008. En dicha presentación, la defensa mantiene cada uno de los agravios expresados en el recurso de apelación y, además, agrega que el Informe Final de Inspección de AFIP-DGI de fecha 02.05.2011, que informa como impagas las dos últimas cuotas del plan de facilidades de pago, es confuso y contradictorio, toda vez que a la fecha de su dictado habían transcurrido 8 meses y 22 días desde la cancelación total del período en cuestión. Por lo que, en resumen, reitera el agravio esgrimido en torno a la falta de aplicación en autos del art. 16 de la Ley 24.769, que fuera modificada mediante Ley 26.735. Asimismo, expresa que causa agravio la resolución en tanto tiene configurado el ilícito atribuido, sin un análisis de la carencia de dolo en la conducta incriminada toda vez que resulta insostenible que el Juez tenga por acreditado ilícito penal a través de la configuración de una ficción legal que presupone como hecho cierto que el empleador entrega al empleado y éste devuelve al empleador, la suma correspondiente a aportes. Por el contrario, la figura en trato exige dolo directo, circunstancia que exige que la conducta se integre con la acreditada voluntad de producir una omisión típica que excluya del control de las arcas del estado las sumas inicialmente retenidas, cosa que no ha acontecido en la presente causa. En tal sentido, la conducta analizada en autos exterioriza voluntad de afrontar el pago íntegro de las sumas en cuestión. Por último, sostiene que, particularmente, respecto de los imputados Miguel, Borri y Mancinelli, no puede de

ninguna manera tenerse por acreditado el componente subjetivo que exige la figura porque no tuvieron participación alguna en el hecho atribuido. En tal sentido, debe señalarse que no existe documentación alguna presentada y menos formada por estas personas que las involucre en el hecho investigado. Por lo tanto, expresa que mediante la incorporación de los pronunciamientos contradictorios efectuados por el Juez Subrogante ha quedado acreditada la irregularidad denunciada. III. A los fines de que los magistrados intervinientes emitan su voto, se realizó sorteo del orden de votación y que según certificado actuarial corresponde expedirse en primer término, a la señora Juez de Cámara doctora Graciela Montesi, en segundo lugar, al señor Juez de Cámara doctor Eduardo Ávalos y, por último, al señor Juez de Cámara, Ignacio María Vélez Funes. La señora Juez de Cámara, Dra. Graciela Montesi, dijo: Los presentes autos son traídos a esta instancia en virtud del recurso de apelación deducido por la defensa de los imputados Eduardo Alberto Borri, Gerardo Luis Mancinelli, María Cecilia Abraham, Mario Javier Mancinelli y María Rosa Miguel, en carácter de responsables de la empresa Bertotto Boglione S.A., en contra de la resolución dictada por el señor Juez Federal de Bell Ville, por medio de la cual dispuso sus procesamientos por la presunta comisión del delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social (art. 9 de la Ley 24.769), un hecho, correspondiente al período fiscal 02/2010. En concreto, el hecho investigado en autos consistiría en haber omitido depositar -dentro de los 10 días hábiles administrativos posteriores al vencimiento del plazo para el ingreso- los importes retenidos a sus trabajadores en concepto de aportes del Régimen Nacional de la Seguridad Social, correspondientes al período fiscal del mes de febrero del año 2010. Sin embargo, de manera preliminar, corresponde abordar el agravio defensivo atinente a la falta de aplicación al caso de autos del art. 16 de la Ley 24.769 que dispone una exención de responsabilidad penal para casos en que el obligado regularice su situación frente al Fisco, toda vez que, según señala la defensa, la deuda que la empresa Bertotto Boglione S.A. mantenía con el Fisco fue cancelada en su totalidad, sin inspección iniciada ni denuncia efectuada por dicho organismo. En tal sentido, atento que el texto del art. 16 de la Ley 24.769 -actualmente vigente- fue modificado por Ley 26.735, con fecha 28.11.2011 y es, por lo tanto, distinto al de la fecha de consumación -23.03.2010- del hecho investigado en las presentes actuaciones corresponde, en primer lugar, precisar cual es la norma aplicable de conformidad lo dispuesto por el art. 2 de CP. I. Determinación de ley aplicable De conformidad al art. 18 de la Constitución Nacional -que establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso- surge que la ley penal no puede ser aplicada retroactivamente, porque tal situación importa lesión de la garantía constitucional allí contenida. Por lo tanto, en función de los expuesto, la regla general es que, ley penal es entonces, en relación al tiempo, irretroactiva, y rige para el futuro. No obstante, en materia penal cabe una excepción, cual es la prevista en el art. 2 del Código Penal, que establece ¿si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo, se aplicará la más benigna?. Es decir, si al momento de la comisión del hecho delictivo se encuentra vigente una ley, pero al tiempo del dictado del fallo se hubiere dictado otra ley que fuera más favorable al imputado, se aplicará ésta última. A su vez, de acuerdo a la reforma constitucional de 1994, la retroactividad de la ley penal más benigna encuentra fundamento en los tratados internacionales incorporados con idéntica jerarquía (art. 75 inc. 22 de la C.N.). Concretamente, el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el particular que ¿Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.? En tal sentido, se expidió la CSJN en autos ¿Cristalux S.A.? (Fallos 329:1053 de fecha 11/04/06). Entonces, en función de estas disposiciones de raigambre constitucional y atento que en el presente caso la ley vigente al momento del hecho, es distinta a la emisión del presente pronunciamiento, debo valorar cuál es la ley mas beneficiosa para los imputados. En efecto, a la fecha de presunta comisión del hecho aquí investigado el texto por entonces vigente preveía que en los casos previstos por los artículos 1 y 7 de la ley 24.769, la acción penal se extinguirá si el obligado acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el Fisco, regularizando y pagando el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse requerimiento de elevación a juicio, beneficio que podrá ser otorgado sólo por única vez a cada persona física o de existencia ideal. Es decir, que la norma anterior no sería, por lo tanto, procedente al caso de autos toda vez que la misma sólo podía ser aplicada para supuestos de evasión simple -tributaria y previsional- siempre que el obligado regularizara total e incondicionalmente su situación antes de que se formule el requerimiento de elevación a juicio de la causa penal seguida en su contra. Ahora bien, el actual art. 16 de la Ley 24.769 establece que el sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él. Por lo tanto, del análisis de esta nueva norma surge una modificación sustancial respecto del texto anterior, no solo en cuanto el legislador ahora ha restringido el universo de casos en cuanto que los mismos deben amoldarse a los requisitos del pago espontáneo que la norma establece, sino en cuanto a que, por contrapartida, lo ha extendido a otros supuestos

delictivos, distintos de la evasión simple -tributaria y previsional-. En efecto, el nuevo art. 16 de la Ley 24.769, alude a que la causa de extinción de acción penal será procedente para quienes regularicen sus ?obligaciones evadidas?, en lugar de referirse exclusivamente a los delitos de los arts. 1 y 7 de dicha ley. Entonces, en orden a la interpretación que debe darse el término ?obligaciones evadidas?, la Cámara en lo Penal Económico sostuvo que ?el deber de un empleador de depositar lo retenido de los haberes de sus empleados constituye una obligación que resulta evadida cuando no se cumple con ese deber. Su regularización, por consiguiente, se encuentra comprendida por el artículo 16 de la ley 24.769? (CPEcon. Sala A, en ?incidente de falta de acción de Vázquez, Daniel Osvaldo en causa ?LA OLEAGINOSA DE HUENGUELEN S.A. SOBRE INFRACCION LEY 24.769?, Resolución del 07.05.2015). En igual sentido, en doctrina se expresó que ?la causa se mantiene sin discriminar delitos, solamente para el caso de que el obligado regularice espontáneamente su situación dando cumplimiento a las obligaciones evadidas y siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él(CORTI, Arístides H.; CALVO, Rubén A.; CLAUDIO E., Luis; ?Algunas reflexiones sobre la sancionada reforma a la ley penal tributaria?, Sistema Argentino de Información Jurídica, año 2012). A propósito del pago espontáneo como causal de extinción de la acción penal, en igual sentido, se señaló que ?esta es una norma incentivadora, fundada en los principios de subsidiariedad e intervención mínima y(...)es valiosa, dado que le quita el carácter recaudatorio que se le criticara al texto anterior texto de la ley, en tanto permitía la fuga del proceso mediante el pago (aun con las limitaciones y cumpliendo varios requisitos?(AGUIRRE MOSQUERA, Jorge B. en Villegas Ninci (dir), ?Derecho tributario en la provincia de Córdoba?, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2013, Pág. 620). De las ideas expuestas surge que la interpretación dada a la conjunción de ?obligaciones evadidas?, ha sido valorada por la jurisprudencia y la doctrina como comprensiva, también, de otros delitos que prevé la ley 24.769, además de los de evasión simple de los arts. 1 y 7, de dicha ley. Entonces, coincidiendo con las consideraciones expuestas en torno a que debe interpretarse que el hecho investigado en estos autos de apropiación indebida de recursos de la seguridad social -art. 9, ley 24.769- debe considerarse como supuesto susceptible de extinción responsabilidad penal, en los términos del art. 16 de la Ley 24.769, considero que esta es la ley penal más benigna y, por ende, aplicable a estas actuaciones, correspondiendo su aplicación en caso de verificarse los demás requisitos establecidos por dicho precepto legal. II. Aplicación del art. 16 de la Ley 24.769 De conformidad a las consideraciones precedentemente expuestas, para que, además, sea procedente la exención de responsabilidad penal, debo valorar si la cancelación de los montos que la empresa Bertotto Boglione S.A. puede ser subsumible dentro del concepto de pago espontáneo que exige el art. 16 de la Ley 24.769. Es decir, debe verificarse que los imputados Eduardo Alberto Borri, Gerardo Luis Mancinelli, María Cecilia Abraham, Mario Javier Mancinelli y María Rosa Miguel hayan cumplimentado el requisito de espontaneidad para poder hacer extensivo el efecto de exención de responsabilidad penal dispuesto por la norma y, consecuentemente, declarar la extinción de la acción penal. En tal sentido, la norma citada exige que el sujeto obligado -que regularice espontáneamente su situación- dé cumplimiento a las obligaciones evadidas, siempre que su presentación no se produzca a raíz de tres supuestos distintos, a saber: a. una inspección iniciada; b. observación de parte de la repartición fiscalizadora; c. denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él. Asimismo, debo tener en cuenta el informe expedido por el Organismo Fiscal -que fuera solicitado por la suscripta- como medida para mejor proveer-, que señaló que ?en relación a la contribuyente Bertotto Boglione S.A., se hace saber que esta Administración Federal no ha efectuado notificaciones entre las fechas 09/03/2010 y 11/01/2011 respecto de la fiscalización correspondiente a la orden de Intervención N°594276 (en lo que a esta causa interesa), toda vez que la misma posee fecha de inicio 22/02/2011? (fs. 190, de las presentes actuaciones). En efecto, conforme surge de la documentación acompañada por el Fisco, la totalidad de la deuda correspondiente al período fiscal 02/2010 fue cancelada por parte de la empresa Bertotto Bloglione S.A., con fecha 16.06.2010 y 09.08.2010, siendo, por lo tanto, dichos pagos efectuados sin inspección previa, ni observación por parte de la repartición fiscalizadora, ni presentación de denuncia anterior, que se vincule directa o indirectamente con él (fs.183/187 de autos). De tal modo, dado que la empresa Bertotto Boglione S.A., regularizó espontáneamente su situación y dio cumplimiento a las obligaciones por ella evadidas, toda vez que canceló, con fechas 16.06.2010 y 09.08.2010, la totalidad de la deuda por \$67.127,18 que mantenía con el Fisco en concepto de retenciones del Régimen de la Seguridad Social, ejercicio fiscal 02/2010 -sin inspección previa, ni observación por parte de la repartición fiscalizadora, ni presentación de denuncia anterior que se vincule directa o indirectamente con él-considero debe eximirse de responsabilidad penal a la empresa Bertotto Boglione S.A., en función de encontrarse cumplimentados los requisitos que exige el art. 16 de la Ley 24.769. Por lo tanto, estimo corresponde hacer lugar al recurso de la defensa en contra del auto interlocutorio apelado debiendo, en consecuencia, eximir de responsabilidad penal a los imputados Eduardo Alberto BORRI, Gerardo Luis MANCINELLI, María Cecilia ABRAHAM, Mario Javier MANCINELLI, y María Rosa MIGUEL, por los hechos investigados. Por último, Resta señalar que, en función de ello, no ingresaré al tratamiento de los demás agravios del recurrente. III. En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde revocar la resolución dictada por el Juez Federal de Bell Ville, con fecha 05 de mayo

de 2016, en cuanto dispuso el procesamiento sin prisión preventiva de los imputados, y en su lugar, debe declararse extinguida la acción penal por el delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social, período fiscal 02/2010 y, en consecuencia, sobreseer a Eduardo Alberto BORRI, (D.N.I. N° ...); Gerardo Luis MANCINELLI, (D.N.I. N° ...); María Cecilia ABRAHAM, (D.N.I. N° ...); Mario Javier MANCINELLI, (D.N.I. N° ...) y María Rosa MIGUEL, (D.N.I. N° ...) por las razones dadas (art. 16, ley 24.769 y art. 336, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación). Sin Costas (art. 531 CPPN). Así voto. El señor Juez de Cámara, Dr. Ignacio María Vélez Funes, dijo: Adhiero a la solución propiciada por la señora Juez del primer voto, Dra. Graciela Montesi, y por tal motivo me expido en idéntico sentido. Así voto.- La presente resolución, es emitida por los señores jueces que la suscriben, en tanto el señor Juez de Cámara doctor Eduardo Ávalos, se encuentra en uso de licencia conforme certificado agregado a la causa y en virtud de lo dispuesto por el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional y del art. 4 del Reglamento Interno de esta Cámara Federal. Por ello, SE RESUELVE: I. REVOCAR la resolución dictada por el Juez Federal de Bell Ville, con fecha 05 de mayo de 2016 y, en consecuencia, DECLARAR extinguida la acción penal en orden al delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social, período fiscal 02/2010 y, en consecuencia, sobreseer a Eduardo Alberto BORRI, (D.N.I. N° ...); Gerardo Luis MANCINELLI, (D.N.I. N° ...); María Cecilia ABRAHAM, (D.N.I. N° ...); Mario Javier MANCINELLI, (D.N.I. N° ...) y María Rosa MIGUEL, (D.N.I. N° ...) por las razones dadas (art. 16, ley 24.769 y art. 336, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación). II. Sin Costas (art. 531 CPPN). III.- Regístrese y hágase saber. Cumplimentado, publíquese y bajen. GRACIELA S. MONTEESI JUEZ DE CÁMARA IGNACIO MARÍA VÉLEZ FUNES JUEZ DE CÁMARA CAROLINA PRADO SECRETARIA DE CÁMARA 019150E