

Omisión Del Ingreso De Los Importes Retenidos A Dependientes Apropiación Indebida De Recursos De La Seguridad Social

JURISPRUDENCIA

Omisión del ingreso de los importes retenidos a dependientes.

Apropiación indebida de recursos de la seguridad social
requerimiento fiscal de instrucción en orden a los hechos vinculados a la omisión del ingreso de los importes retenidos a los dependientes de la imputada.

Se confirma la resolución que dispuso rechazar parcialmente el

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2019. VISTOS: El recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal que actúa ante la instancia anterior obrante en copia a fs. 22/23 vta. de este incidente contra el punto I de la resolución que también en copia luce a fs. 18/21 de este legajo, por el cual se dispuso: ?...I.- RECHAZAR PARCIALMENTE el REQUERIMIENTO FISCAL DE INSTRUCCIÓN...en orden a los hechos vinculados a la omisión del ingreso de los importes retenidos a los dependientes de PUNTO ARTE Y REPRODUCCIONES SA... durante los períodos noviembre/2012, enero/2013, febrero/2013, marzo/2013, abril/2013, mayo/2013, julio/2013, agosto/2013, septiembre/2013, noviembre/2013, enero/2014, febrero/2014, marzo/2014, abril/2014, mayo/2014, julio/2014, agosto/2014, septiembre/2014, octubre/2014, noviembre/2014, diciembre/2014 y enero/2015, por cuanto los mismo no encuadran en una figura legal, en los términos del art. 336 inc. 3) del CPPN...? (es copia textual del original; se prescinde del resaltado original). La presentación de fs. 31 de este expediente, por la cual el señor fiscal general que actúa ante esta instancia mantuvo el recurso interpuesto. El escrito de fs. 35/35 vta., por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal informó en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N. Y CONSIDERANDO: 1°) Que, por el punto I de la resolución recurrida, el juzgado ?a quo? resolvió rechazar parcialmente el requerimiento fiscal de instrucción que obra en copia a fs. 16/17 de este incidente, con relación a los hechos consistentes en la omisión presunta de depósito, dentro de los 10 días hábiles administrativos de vencidos los plazos para ingresarlas, de las sumas que habrían sido retenidas a los empleados en relación de dependencia de PUNTO ARTE Y REPRODUCCIONES S.A. en concepto de aportes correspondientes al Sistema Único de la Seguridad Social, por los períodos 11/12, 1/13, 2/13, 3/13, 4/13, 5/13, 7/13, 8/13, 9/13, 11/13, 1/14, 2/14, 3/14, 4/14, 5/14, 7/14, 8/14, 9/14, 10/14, 11/14, 12/14 y 1/15, por las sumas de \$ 82.679,64, \$ 96.267,62, \$ 72.772,07, \$ 76.958,96, \$ 77.208,52, \$ 93.123,83, \$ 87.365,33, \$ 89.712,75, \$92.961,70, \$ 92.985,60, \$ 93.448,92, \$ 75.382,94, \$ 61.633,65, \$ 60.062,54, \$ 78.549,70, \$ 60.490,25, \$ 66.563,16, \$ 70.337,09, \$ 68.872,66, \$ 71.707,04, \$91.893,56 y \$ 30.090,75, respectivamente, que surgen del detalle efectuado en el escrito de denuncia (confr. fs. 1/15 de este incidente). En sustento de la decisión aludida, el tribunal de la instancia anterior indicó que, a partir de la derogación del régimen penal tributario establecido por la ley 24.769 vigente al momento de la comisión presunta de los hechos mencionados y la sustitución de aquel régimen por el contemplado por el art. 279 de la ley 27.430 (Boletín Oficial de fecha 29/12/2017, vigente desde el 30/12/2017), que estimó aplicable al caso en función del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, los hechos mencionados ?...no encuadran en una figura legal...?. 2°) Que, el señor fiscal interviniente ante la instancia previa recurrió el pronunciamiento mencionado por el considerando anterior en cumplimiento de la Resolución P.G.N. N° 18/18, por la cual el Procurador General de la Nación Interino instruyó a todos los agentes integrantes del Ministerio Público Fiscal a asumir la interpretación señalada por la Resolución P.G.N. N° 5/12, y en consecuencia, a que se opongan a la aplicación retroactiva de la ley 27.430 en cuanto dispuso aumentos de las sumas de dinero que establecen un límite a la punibilidad de los delitos tributarios y de contrabando. 3°) Que, por el Título IX de la ley 27.430 (sancionada el 27/12/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 29/12/2017), se derogó la ley 24.769 y se aprobó un nuevo Régimen Penal Tributario. 4°) Que, por el art. 7 del Régimen Penal Tributario aprobado por el Título IX de la ley 27.430 se prevé: ?Apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes con destino al sistema de la seguridad social, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), por cada mes. Idéntica sanción tendrá el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no depositare total o parcialmente, dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), por cada mes.?. 5°) Que, el art. 7 del Régimen Penal Tributario establecido por el Título IX de la ley 27.430 resulta aplicable al caso ?sub examine? como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 2 del Código Penal), por tratarse de una norma más beneficiosa para los imputados que el art. 9 de la ley 24.769, vigente al momento de los hechos. En este sentido, por el art. 2 del Código Penal se dispone: ?Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al momento de pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre

la más benigna [...] En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho?. Con redacciones distintas (y sin ingresar al examen del alcance específico y particular que se podría haber dado, como consecuencia de aquellas redacciones diferentes, a cada una de las normas que se citan seguidamente), aquella excepción fue incorporada al art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); al art. 11 punto 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; al art. 15 apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y al art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Los tratados mencionados tienen jerarquía constitucional a partir de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. 6°) Que, en efecto, por la norma transcripta por el considerando 4°, se extendió el plazo a partir del cual adquiere relevancia penal la omisión de depósito de los aportes retenidos y se estableció en cien mil pesos (\$ 100.000) el monto previsto como condición objetiva para punir comportamientos de aquel tipo. En el caso, como surge de la reseña efectuada por el considerando 1° de este pronunciamiento, ninguno de los montos asociados a los hechos de los que se trata supera la condición objetiva de punibilidad aludida por el párrafo anterior, y ni al momento de interponer el recurso de apelación, ni en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N., los representantes del Ministerio Público Fiscal efectuaron observación u objeción alguna en torno al alcance que, en cuanto a las sumas de dinero en teoría retenidas y no depositadas, el tribunal de la instancia anterior dio a los hechos (confr. fs. 22/23 vta. y 35/35 vta.). 7°) Que, si bien las condiciones objetivas de punibilidad, por su naturaleza jurídica, no forman parte del tipo objetivo, no existen motivos por los cuales no deban ser consideradas al momento de confrontar dos tipos penales aplicables a un caso concreto a los fines de evaluar cuál de aquéllos resulta más beneficioso a la situación del imputado. En efecto, las disposiciones de jerarquía constitucional que fueron mencionadas precedentemente, así como la antigua previsión del art. 2 del Código Penal, no diferencian al respecto sobre los elementos del tipo penal objetivo y las condiciones de punibilidad que pudiera establecer el legislador, indicándose de manera inequívoca que la norma a ser aplicada es la que se traduce en una pena menor para el imputado, de modo que mal podría negarse que resulta más beneficiosa a la posición de aquél una norma que establece la no punibilidad de una conducta. En este sentido, por doctrina constitucional reconocida se ha sostenido "...el principio de la irretroactividad de la ley penal funciona en beneficio de la libertad y no para restringirla, en cuyo caso si es aceptable la aplicación retroactiva de la ley más benigna? (Gregorio BADENI, ?Instituciones de Derecho Constitucional?, pág. 646, Ed. AD HOC, 1997). Asimismo, por doctrina penal calificada se expresó que la "... comparación debe, pues, ser hecha con referencia a todo el contenido de la ley, partiendo de la pena, de los elementos constitutivos de la figura delictiva, de las circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción, y tomando en cuenta también las demás situaciones que influyen en la ejecución de la pena, en su suspensión, prescripción, perdón, gracia, liberación, etcétera.? (Sebastián SOLER, ?Derecho Penal Argentino?, T. I, pág. 193, Ed. TEA, 1973; el resaltado corresponde a la presente). 8°) Que, lo establecido precedentemente se condice con el criterio que este Tribunal adoptó con relación a las modificaciones que, algunos años atrás, se introdujeron mediante la ley 26.735 al Régimen Penal Tributario instaurado por la ley 24.769 (confr. Regs. Nos. 26/12, 101/12, 254/12, 137/13, 50/13, 393/13, 406/13 y S.I.G.J. 18/14, entre muchos otros, de esta Sala ?B?), en función de una postura interpretativa que también ha sido receptada por pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. C.F.C.P., Sala I, causa N° 16.739, ?MARCHESE, HUGO y OTRO S/ RECURSO DE QUEJA?, Reg. N° 20.526, rta. el 11/12/12; Sala II, causa N° 15.659, ?MOSCHIONI, MARIO y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN?, Reg. N° 30/13, rta. el 15/02/13; Sala III, causa N° 15.971, ?ZINI, VICENTE ANTONIO Y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN?, Reg. N° 1376/12, rta. el 28/09/12, y Sala IV, causa N° 315/13, ?COTO GUTIERREZ, ANTONIO y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN?, Reg. N° 1622/13, rta. el 30/08/13), y que resulta acorde con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia publicada en Fallos 330:4544, en una situación similar con motivo de las modificaciones introducidas por la ley 26.063 al art. 9 de la Ley Penal Tributaria. En ese sentido, por el pronunciamiento mencionado en último término, el más Alto Tribunal expresó, por remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió e hizo suyos por razones de brevedad: "...la ley 26.063...ha introducido una importante modificación en la descripción típica del artículo 9 de la ley 24.769, al aumentar...el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social...En tales condiciones,... resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del Código Penal, en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional...?. Por consiguiente, corresponde rechazar los agravios expresados por el recurso de apelación interpuesto por el señor agente fiscal de la instancia anterior, en tanto aquéllos se sustentan en la Resolución P.G.N. N° 18/18, cuyos fundamentos son sustancialmente análogos a los contemplados por la Resolución P.G.N. N° 5/12, por la cual se había instruido a todos los agentes integrantes del Ministerio Público Fiscal a que se opongán a la aplicación retroactiva de la ley 26.735. Tampoco

fueron invocados, por el recurso de apelación, fundamentos novedosos que conduzcan a revisar el criterio establecido por esta Sala ?B?. 9º) Que, por lo expresado por los considerandos anteriores, atento a la naturaleza que revisten tanto el principio de legalidad como sus excepciones cuando acarrear consecuencias más benignas para el imputado, corresponde confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de recurso. Por ello, SE RESUELVE: I. CONFIRMAR la resolución recurrida. II. SIN COSTAS (arts. 530 y 532 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. El Dr. Juan Carlos BONZÓN no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Firmado por: ROBERTO ENRIQUE HORNOS JUEZ DE CÁMARA Firmado por: CAROLINA ROBIGLIO JUEZ DE CÁMARA Firmado (ante mí) por: MARÍA CONSTANZA DE OYARBIDE CASTILLO PROSECRETARIA DE CÁMARA 044125E