

Omision Presunta De Deposito Aportes Al Sistema Unico De La Seguridad Social

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 28 de noviembre de 2019. VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el señor fiscal de la instancia anterior a fs. 27/30 vta. contra el punto dispositivo I de la resolución de fs. 24/26 de este legajo, en cuanto por aquélla el juzgado ?a quo? resolvió rechazar, parcialmente, el requerimiento fiscal de instrucción obrante a fs. 14/15 de este incidente. La presentación de fs. 39 por la cual el señor fiscal que actúa ante esta instancia mantuvo el recurso interpuesto. La presentación de fs. 42 por la cual el señor representante del Ministerio Público Fiscal informó en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N. remitiendo al recurso de apelación interpuesto por el fiscal de la instancia anterior. Y CONSIDERANDO: El señor juez de cámara, doctor Roberto Enrique HORNOS expresó: 1º) Que, por el punto dispositivo I de la resolución recurrida, el juzgado ?a quo? resolvió rechazar, parcialmente, el requerimiento fiscal de instrucción de fs. 14/15 de este expediente con relación a la omisión presunta de depósito, dentro del plazo de 30 días para el ingreso en concepto de aportes al Sistema Único de la Seguridad Social, de la suma de \$ 84.678,53 por el período noviembre de 2012 que habría sido retenida a los empleados en relación de dependencia de RADIO DIFUSORA BUENOS AIRES S.A. En sustento de la decisión aludida, el tribunal de la instancia anterior indicó que, con relación al hecho mencionado por el párrafo que antecede: ?...con independencia de cuál haya sido el monto retenido o percibido inicialmente por ?RADIO DIFUSORA BUENOS AIRES S.A.', los pagos parciales efectuados dentro del plazo de 30 días corridos del vencimiento general que otorga la norma penal, dejan un monto omitido de ingresar -y en consecuencia apropiado indebidamente- que es inferior a los \$ 100.000 que establece la nueva normativa penal...?. Por lo que entendió que, corresponde aplicar el artículo 7 del Régimen Penal Tributario establecido por el art. 279 de la ley 27.430, en función del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna y, por lo tanto, aquella suma no depositada por la contribuyente no alcanzaría el nuevo monto de \$ 100.000 establecido como condición objetiva de punibilidad al vencimiento del plazo de 30 días previsto por aquel régimen. 2º) Que, el señor agente fiscal de la instancia anterior interpuso un recurso de apelación contra la decisión mencionada por el considerando anterior, pues sostuvo que ?...si bien la firma se presentó para el período en trato (noviembre de 2012) a diversos planes de pago y sólo en uno de ellos dentro del plazo de 30 días, los pagos parciales efectuados en el marco de esos planes fueron en marzo y agosto del año siguiente; es decir, después de aquel plazo de 30 días. Así, aquellos pagos a los cuales se hace referencia fueron efectuados después de consumado el delito, esto es al vencimiento de (1) plazo previsto por el tipo penal (ya sea que se consideren los 10 días hábiles administrativos o los 30 días corridos), por lo cual no tienen trascendencia penal. Por lo demás, sean \$ 114.575,34 [a la fecha de vencimiento del plazo de diez días] o \$ 84.678,53 [a los 30 días] la suma debida a la finalización del plazo referido por la norma penal, lo cierto es que ambos superan los previstos por la norma vigente al momento de los hechos, esto es el art. 9 de la ley 24.769 conforme ley 26.735...?. Por lo que en cumplimiento de la Resolución PGN 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 PGN N° 5/12, y en consecuencia, se opongán a la aplicación retroactiva de la ley N° 27.430 en cuanto dispone aumentos de las sumas de dinero que establecen un límite a la punibilidad de los delitos tributarios y de contrabando, se agravio de la resolución recurrida. 3º) 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. 4º) 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?. Por la lectura de la norma mencionada, se advierte que las conductas descriptas por el art. 7 del Régimen Penal Tributario establecido por el Título IX de la ley 27.430 guardan similitud con las previstas anteriormente por el art. 9 de la ley 24.769, con modificaciones en algunos de los elementos del tipo objetivo. 5º) 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 la imputada 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, por el art. 7 del Régimen Penal Tributario aprobado por el Título IX de la ley 27.430 se extendió a 30 días el plazo para el depósito del importe retenido y se estableció en cien mil pesos (\$ 100.000) el monto previsto como condición objetiva para penalizar la apropiación indebida de recursos de la seguridad social. En el caso, A.F.I.P.-D.G.I. informó que RADIO DIFUSORA BUENOS AIRES S.A. habría efectuado retenciones correspondientes al Sistema Único de la Seguridad Social a los empleados en relación de dependencia por el período noviembre de 2012, por la suma de \$ 199.423,39, al vencimiento del plazo de diez días para el depósito, previsto por la ley 24.769 (según el texto de la ley 26.735) adeudaba la suma de \$ 114.575,34 (fs. 24 de este incidente), y dentro del plazo de 30 días previsto por la ley 27.430, se acogió a un plan de facilidades de pago (F 953381 el 11/12/2012), por el cual ingresó la suma de \$ 84.848,05 el día 12/03/2013, plan que, con posterioridad, quedó caduco. No obstante, RADIO DIFUSORA BUENOS AIRES S.A., al vencimiento del plazo de 30 días previsto por el nuevo Régimen Penal Tributario para el depósito de las sumas retenidas en concepto de aportes al Sistema Único de la Seguridad Social por el período noviembre de 2012, adeudaba la suma de \$ 84.678,53 (confr. la denuncia de fs. 1/11 y el Informe Final de Inspección fs. 16/22 vta. de este incidente). En consecuencia, aquella suma no supera la condición objetiva de punibilidad a la fecha de vencimiento del plazo de 30 días previsto por la norma aludida por el primer párrafo de este considerando. Por otro lado, ni al momento de impugnar aquella decisión, 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 la suma de dinero en teoría retenida indebidamente, el tribunal de la instancia anterior dio al hecho analizado. 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 es coincidente 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 que 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 opongan 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? sobre la cuestión. 9°) 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. El señor juez de cámara Dr. Juan Carlos BONZÓN expresó: Que en el caso se discute si las modificaciones del nuevo Régimen Penal Tributario, específicamente las relacionadas con la elevación de los montos a partir de los cuales comienzan a ser punibles la gran mayoría de los delitos tributarios, resultan aplicables a los hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de la ley 27.430, por aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna.

Se trata de una cuestión análoga sobre la cual ya he tenido oportunidad de pronunciarme en numerosos precedentes, resolviendo que ese principio no resulta aplicable en estos casos, en tanto la elevación de los montos ?mínimos? modificaron las condiciones de punibilidad y no, en cambio, las de tipicidad. A modo de ejemplo, cito el primero de esos pronunciamientos: LEGAJO DE APELACION DE BIDONCENTER S.A.; BREUNIG EGEWARTH ELIS REGINA EN AUTOS: ?BIDONCENTER S.A. S/INF. LEY 24.769? (CPE 131/2017/3/CAL, Orden N° 31.271, Reg. Int. N° 133/18, de la Sala ?A? de este Tribunal, resuelta el 26 de marzo de 2018), en el cual se marcó el criterio seguido en las sucesivas apelaciones referidas a la misma cuestión, y a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad. Una nueva reflexión sobre el tema, fruto de la orfandad de un criterio rector que ponga fin a la polémica, sumado a la gran cantidad de legajos de apelación que merecen pronta resolución, me persuaden de la necesidad de adaptar mi posición. En este reexamen me permito advertir que el más Alto Tribunal aún no se ha pronunciado sobre la aplicación retroactiva del nuevo Régimen Penal Tributario. La ausencia de una interpretación con aptitud vinculante e innegable gravitación, sigue propiciando la expansión de opiniones jurisdiccionales con sentidos contrapuestos. Si a esta indefinición se añade que mi voto resulta singular entre los magistrados que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, resulta inexorable la persistencia de este debate que, lejos de esclarecer cuál es la norma aplicable, atrasa la solución de los casos que pretenden los apelantes. Toda persona tiene derecho a que su proceso sea resuelto dentro de un plazo razonable. Este derecho se refiere a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas y a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver, todo lo cual se corresponde con un adecuado servicio de justicia. Quien atraviesa un proceso judicial necesita pronta solución del conflicto que le aqueja, por lo que la respuesta de la justicia no puede quedar a expensas de la inmutabilidad de opiniones de quienes ostentan una función de máxima responsabilidad social. De mantener mi voto disidente, las consecuencias procesales que podrían suscitarse no condecirían con el adecuado servicio de justicia por cuanto el dispendio jurisdiccional y la demora en la solución de los casos resultarían en desmedro de los derechos de las partes. Mantengo mi convicción, pero entiendo también que la opinión minoritaria no tiene mayor alcance para esclarecer la aplicación retroactiva del nuevo Régimen Penal Tributario, so riesgo de prolongar los procesos judiciales más allá del tiempo razonable en el que deben tramitar. El ejercicio de la magistratura impacta en la vida de las personas, razón suficiente para que esa función sea ejercida en cumplimiento de los requisitos constitucionales. En efecto, el interés y el derecho a un pronunciamiento que ponga fin al litigio en un tiempo razonable está por encima del interés del juez de mantener su opinión sobre cierto tema jurídico. Si bien los criterios disidentes dan cuenta de la deliberación que rodea el tema y, por ende, contribuyen a legitimar la opinión de la mayoría, lo cierto es que, para el caso de la aplicación retroactiva del nuevo Régimen Penal Tributario, mantener mi opinión en estas condiciones, no tiene mayor conveniencia. En conclusión, teniendo en cuenta que mi voto es minoritario en la Cámara de Apelaciones del fuero y que el Máximo Tribunal Nacional aún no se ha pronunciado al respecto, corresponde adoptar una opinión plural que propicie, de acá para adelante, resoluciones en tiempo razonable hasta tanto la cuestión sea finalmente dirimida. En estas condiciones, invocando razones de celeridad y economía procesal, voto en forma concurrente con mi colega preopinante, por lo cual adhiero a su conclusión en cuanto a que corresponde confirmar, en cuanto fue materia de recurso, el punto dispositivo I de la resolución recurrida que rechazó, parcialmente, el requerimiento fiscal de instrucción formulado en este legajo. 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. La Dra. Carolina. L.I. ROBIGLIO no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Fecha de firma: 28/11/2019 Alta en sistema: 29/11/2019 Firmado por: ROBERTO ENRIQUE HORNOS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN CARLOS BONZON, JUEZ DE CAMARA Firmado(ante mi) por: VERONICA MARIA DANKERT, SECRETARIA DE CAMARA 076326E