

SALA "A"

REGISTRADO BAJO EL
Nº 836 FOLIO 1115 AÑO 2012

Poder Judicial de la Nación

**TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. SOBRE INFRACCIÓN LEY
24.769**

Causa Nº 63.692, Folio Nº 221, Nº de Orden 28.190, Juzgado Nacional en lo
Penal Tributario Nº 2, Sala "A".

gs (mlb)

///nos Aires, 12 de diciembre de 2012.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal contra la
resolución que dispuso el sobreseimiento de Jorge Rubén Grimaldi, Raúl
Asunción Giordanengo, Martín Ruete Aguirre, Eduardo Fernando Caride,
Juan Carlos Cassagne, Mario Eduardo Vázquez, Carlos José Miguens, Juan
Ignacio López Basavilbaso, Guillermo Harteneck, Miguel Ángel Gutiérrez,
Alfredo Jorge Mc Laughlin, Guillermo Ansaldo, Luis Ramón Freixas Pinto,
Rolando Omar Suárez, Ana Patricia Pinnel, Carlos Fernández Prida, Antonio
Pedro de Carvalho Viana Baptista, Juan Perea Sáenz de Buruaga, Francisco
Javier Revuelta, Juan Carlos Ros Brugueras, Jacinto Díaz Sánchez, José María
Álvarez Pallette, José Fernando de Almansa, Eduardo Navarro de Carvalho y
Paul Burton Savoldelli.

El escrito presentado por el Fiscal General en sustento del recurso.

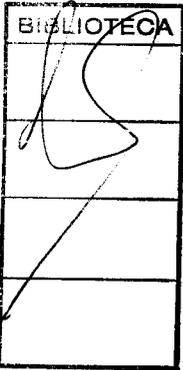
Las memorias escritas de los abogados defensores de Ana Patricia
Pinnel, Jorge R. Grimaldi, Raúl A. Giordanengo, Rolando O. Suárez, Martín
Ruete Aguirre, Carlos J. Miguens, Juan I. López Basavilbaso, Guillermo
Harteneck, Guillermo Ansaldo, Luis R. Freixas Pinto, Juan Carlos Cassagne,
Eduardo F. Caride, Mario E. Vázquez, Miguel A. Gutiérrez, Juan Carlos Ros
Brugueras, Carlos Fernández Prida, Jacinto Díaz Sánchez, José María Álvarez
Pallette, José Fernando de Almansa, Eduardo Navarro de Carvalho y Juan
Perea Sáenz de Buruaga, en procura de que se confirme lo resuelto.

CONSIDERARON:

El Dr. Repetto:

I. Que la causa está compuesta por la acumulación material de varios
legajos iniciados a raíz de distintas denuncias efectuadas entre junio de 2004 y
diciembre de 2007. En todos los casos lo denunciado es la presunta evasión
del pago de los aportes y contribuciones del sistema de la seguridad social por
parte de los responsables de la sociedad anónima Telefónica de Argentina,

USO OFICIAL



durante diversos periodos fiscales. Concretamente se denunció que la firma mencionada habría utilizado fraudulentamente el régimen de pasantías educativas, establecido por la ley 25.165, con el fin de no abonar los aportes y contribuciones correspondientes a trabajadores contratados.

II. Que el ministerio público fiscal ha sostenido en reiteradas oportunidades que el fraude tributario denunciado sería evidente y se encontraría corroborado ya que, en contra a lo establecido en el régimen legal de pasantías educativas, las tareas encomendadas a los pasantes contratados nada tenían que ver con los estudios terciarios o universitarios que cursaban.

III. Que el sobreseimiento dispuesto por el *a quo* se funda en que, tal como se sostuvo en anteriores resoluciones, los hechos denunciados no encuadran en el delito de defraudación previsional denunciado ya que no existió ardid o engaño en el proceder de la firma comercial contribuyente (artículo 336, inciso 3º, del Código Procesal Penal de la Nación). En ese sentido el juez sostiene que consta en el expediente que la modalidad de contratación cuestionada no era desconocida por el fisco y que, además, una repartición de dicho organismo dictaminó que no se verificaba la incorrecta aplicación del régimen de pasantías por parte de la contribuyente denunciada.

IV. Que los representantes del ministerio público circunscriben sus agravios a efectuar ciertas consideraciones respecto al dictamen técnico legal al que el juez hizo referencia al sobreseer. En tal sentido señalan que el fisco, si bien tenía un detallado conocimiento acerca del proceder de la empresa, no fue capaz de detectar el ardid pergeñado ya que el dictamen en cuestión le provocó una “ceguera” que vedó sus propias facultades de fiscalización. Además, indican que esa opinión técnica fue posteriormente desvirtuada por fallos de la justicia laboral y por el ente de recaudación que terminó ajustando los importes de las obligaciones que la contribuyente habría omitido.

V. Que en oportunidad de entender en la anterior intervención de este tribunal en el caso sostuvo: “*V. Que el delito investigado en estas actuaciones, el del artículo 7 de la ley 24.769, se incurre únicamente cuando la evasión de los recursos de la seguridad social se logra mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño. Esa calidad no la tienen las conductas mientras no pueda atribuírseles aptitud para defraudar al fisco. Para esa clase de transgresiones las leyes*

Poder Judicial de la Nación

contemplan otras consecuencias como los intereses o recargos, las determinaciones de oficio, etc. El castigo como delito con penas privativas de libertad está reservado para comportamientos ardidosos que sean susceptibles de inducir en error al organismo encargado de la recaudación.

Que, en este caso, considero que no existió algún proceder con idoneidad suficiente para defraudar al fisco.

En efecto, consta en el expediente que la modalidad de contratación utilizada por la sociedad comercial contribuyente, no era desconocida por el fisco. Muy por el contrario, dicho organismo estaba al tanto de que la firma había contratado pasantes durante los periodos objeto de la pesquisa. Es más, a partir de mediados del año 2000 y a raíz de un cambio normativo, tuvo información directa y detallada al respecto. Este notorio conocimiento de la situación por parte del ente administrador se encuentra reconocido, además, por el agente fiscal en su dictamen de fs. 28/64 y en su apelación de fs. 76/82, ambas de este incidente. Sumado a ello, también consta que cuando el juez le requirió al organismo recaudador que determinara la deuda previsional correspondiente al hecho y al periodo denunciado en una de las causas que fueron acumuladas posteriormente al expediente principal, el fisco le informó que no estaba en condiciones de efectuar la tarea encomendada. Ello en función de lo resuelto por un departamento técnico legal de la A.F.I.P., en el marco de la impugnación efectuada por la misma empresa contribuyente, con relación a la determinación de la deuda correspondiente al periodo fiscal en cuestión. Dicha resolución da cuenta de que, conforme el criterio sentado en un antecedente análogo del año 2001, no se verificaba en la especie la incorrecta aplicación del régimen de pasantías educativas ya que la simple incongruencia entre las tareas asignadas y los estudios cursados, no resultaba un dato de por sí definitivo que haga caer la pasantía utilizada (conf. resolución de enero de 2002, obrante a fs. 3407/3409 de la causa principal).

Que, además, consta que en noviembre de 2004 el propio denunciante sostuvo por escrito que, teniendo en cuenta lo resuelto por el fisco, en el caso "... no se habría configurado ninguna conducta delictiva de relevancia penal ..." por parte de la empresa y sus directivos (conf. escrito de fs. 779).

Que, en esas condiciones e independientemente de la opinión que merezcan los criterios sentados por el fisco en el sentido señalado o las distintas particularidades que puedan presentar los contratos de pasantías cuestionados, lo cierto es que, tal como lo menciona el señor juez a quo al resolver, no puede sostenerse de manera fundada que el fisco haya sido engañado mediante la utilización de un proceder que conocía y que avaló a través de pronunciamientos concretos.

Que las consideraciones críticas efectuadas por el fiscal apelante respecto a esos pronunciamientos no empecen la conclusión antes expuesta. No puede sostenerse que el criterio sentado en dichos pronunciamientos haya determinado la incapacidad del fisco para detectar el ardid que se sostiene utilizado. Por el contrario, la utilización incorrecta del régimen de pasantía, que según el apelante sería el engaño no descubierto, fue descartada por las resoluciones en cuestión, al dejar sin efecto una determinación de deuda previsional que se fundaba, precisamente, en ese presunto uso indebido.

Que, en esas condiciones, considero que en autos no existen suficientes elementos de convicción para estimar la comisión del delito de evasión previsional denunciado” (conf. mi voto Reg. 336/2011 de Sala “A”).

VI. Que en respuesta a los agravios del ministerio público me remito a esos fundamentos y, a mayor abundamiento, agrego las siguientes consideraciones.

Que el comportamiento delictivo que el ministerio público fiscal atribuye a los responsables de Telefónica de Argentina S.A. solamente puede considerarse incurrido mediante la utilización de declaraciones engañosas, de ocultaciones maliciosas o de cualquier otro ardid o engaño. La evasión del pago de aportes y/o contribuciones imputada debe ser consecuencia de una efectiva maniobra ardidosa o engañosa con entidad e idoneidad suficiente para impedir o dificultar el debido control del ente recaudador. No se trata de cualquier proceder tendiente a dificultar el control fiscalizador sino de acciones u omisiones en las cuales la maniobra se encuentra acompañada por el despliegue de un elemento adicional: una “*mise en scène*” dirigida a ocasionar el error inevitable en el fisco. En definitiva, la acción o la omisión deben contener un ardid o engaño idóneo, real, significativo y oportuno concebido de tal manera que realmente pueda impedir o dificultar el debido

Poder Judicial de la Nación

control del ente recaudador y, por ende, a fin de establecer su concurrencia corresponde, en cada caso, evaluarlo de acuerdo a las posibilidades que tiene el fisco de detectar la irregularidad.

Que en este expediente surge con meridiana claridad de lo actuado y de las propias manifestaciones del ministerio público, que no fue la modalidad utilizada por la contribuyente para la contratación de su personal la que impidió o dificultó las tareas de fiscalización del fisco nacional. Precisamente todo lo contrario, a raíz de ejercer esas funciones y en el trámite de una fiscalización, ese organismo tuvo cabal conocimiento de lo acontecido, determinó una deuda previsional con relación a periodos fiscales anteriores a los investigados en autos y, en definitiva, dejó sin efecto dicha determinación al concluir que la incongruencia entre las tareas asignadas y los estudios cursados por los pasantes -circunstancia que según los fiscales del caso pondría en evidencia y corroboraría el fraude denunciado- no resultaba definitiva para sostener que las pasantías eran inexistentes.

Que, en esas condiciones, resulta totalmente infundado sostener que el fisco pudo haber sido engañado mediante la utilización de un proceder que conocía, que pudo analizar y que, finalmente, convalidó mediante un pronunciamiento concreto al respecto. Las referencias efectuadas por el ministerio público en el sentido de que la "ceguera" del fisco para detectar el ardid que habría utilizado la contribuyente comenzó a partir del dictado de sus propias opiniones en el caso, me relevan de efectuar más consideraciones. Resulta incomprensible que se sostenga que el proceder fraudulento de la empresa contribuyente fue el que dificultó o impidió las funciones de control del ente recaudador y que a renglón seguido se señale que esas dificultades fueron generadas por una concreta y específica decisión del mismo organismo en oportunidad de ejercer las tareas que le competen.

Que, por otra parte, la existencia de fallos de la justicia laboral en los que se estableció que las contrataciones cuestionadas no constituían pasantías, no obstan lo hasta aquí expuesto. La circunstancia que el marco jurídico utilizado por la contribuyente para contratar a su personal no se haya ajustado a la ley laboral no es demostrativa, por sí sola, de la existencia de la maniobra de evasión denunciada cuando a ese proceder no se le puede atribuir, además,

el despliegue de un ardid o engaño idóneo, real, significativo y oportuno que haya impedido o dificultado el debido control del ente recaudador.

VII. Que, por último, si bien he sostenido en reiteradas oportunidades que el sobreseimiento dictado respecto de quien no llegó a ser advertido de los cargos que hubiera en su contra es inapropiado, ya que la norma que manda a escuchar en indagatoria a la persona que resulta sospechosa de un delito es indicativa de la instancia a partir de la cual cabe sobreseerla, en este caso las consideraciones efectuadas por el juez en los considerandos 12° y 13° de la resolución apelada justifican la procedencia del auto de sobreseimiento dictado respecto de quienes no fueron indagados.

VIII. Que, en esas condiciones, el sobreseimiento recurrido debe entenderse ajustado a derecho y, por ende, voto por su confirmación.

El Dr. Hendler:

Que en el caso se trata de una serie de causas en las que conoce el mismo juez por razón de conexidad, todas las cuales se originan en denuncias de que los responsables de una importante empresa del ramo telefónico contrataban personal para desempeñarse en relación de dependencia simulando que fuesen lo que la ley denomina “pasantías” supuestamente destinadas a la formación y especialización de estudiantes de educación superior. Según se expresa en las denuncias el propósito de la simulación era evadir el pago de aportes y contribuciones al sistema de seguridad social.

Que la resolución apelada se funda en que los hechos en cuestión no encuadran en una figura legal. Entendió el juez *a quo* que el delito previsto por el artículo 7° de la ley 24.769, por el que se castiga la evasión fraudulenta de esa clase de aportes y contribuciones, no puede considerarse incurrido por no haber mediado engaño. Se basó para eso en un dictamen producido por un asesor legal del organismo encargado de la recaudación en un caso de características similares a los que fueron objeto de denuncia. Invocó asimismo una determinación adoptada por ese organismo por la que se dejó sin efecto el reclamo de los aportes y contribuciones evadidos en base al mencionado dictamen.

Que el Fiscal General, en su informe a este tribunal, señala que el dictamen en cuestión no se ajusta a derecho e invoca los fallos recaídos en las demandas que los empleados dedujeron ante los tribunales del fuero laboral en

Poder Judicial de la Nación

las que quedaron reconocidas las relaciones de dependencia disimuladas como pasantías.

Que asiste razón a la representación del ministerio público en que esos fallos judiciales, algunos de los cuales emanan de tribunales de apelación, tienen mayor trascendencia que la simple opinión expresada por un asesor legal dependiente del organismo de recaudación.

Que el mismo juez *a quo*, en su resolución, dejó expresamente a salvo su propia opinión en cuanto a la verdadera índole de los contratos de supuestas “pasantías educativas”, no obstante lo cual consideró que no podía entenderse que hubiera engaño ni ardid por cuanto el organismo de recaudación habría tenido conocimiento de la maniobra. Insistió el magistrado en que en esas condiciones no había ninguna víctima del engaño.

Que el otorgamiento de contratos simulados constituye una típica modalidad de ardid defraudatorio. En la ley penal común se lo contempla específicamente y los autores de la materia enseñan que se trata de una especie de ese género (conf. art. 173 inciso 6° del Código Penal; R.C. Nuñez, Derecho Penal Argentino-parte especial V, p. 281; C. Fontán Balestra, Derecho Penal, parte especial, p. 496).

Que la circunstancia de que los encargados de la recaudación, en este caso la Administración Federal de Ingresos Públicos, no puedan considerarse engañados, no es en sí misma óbice a la existencia del fraude. Contrariamente a lo que parece entender el juez de primera instancia, no es el organismo encargado de recaudar y/o administrar ese fondo el destinatario final del perjuicio. Lo es el fondo previsional en sí mismo, o sea los titulares de derechos a obtener prestaciones provenientes de lo acumulado en ese fondo.

Que los autores de la materia enseñan que el destinatario del engaño y la víctima del fraude pueden ser personas distintas (conf. R.C. Nuñez, op. cit. p. 308, id. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, T° IV, p. 301) lo que deja sin sustento la reflexión del juez concerniente a que no puede explicarse qué persona o entidad fue destinataria del ocultamiento ni a quién se trató de engañar.

Que en esas condiciones la resolución apelada no se ajusta a derecho.

El Dr. Bonzón:

Que adhiero al voto de mi distinguido colega preopinante el Dr. Hendler en relación a la existencia de fraude. Asiste razón a los representantes del ministerio público en cuanto postulan la irregularidad de la resolución 001/2000 del Departamento Técnico Legal de Grandes Contribuyentes de la A.F.I.P., en función de la cual el *a quo* sostiene la inexistencia de ardid en el accionar de la sociedad anónima contribuyente.

Al respecto, resulta inadmisibles que un departamento técnico del organismo de recaudación haya sostenido que no se verificaba en la especie la incorrecta aplicación del régimen de pasantías educativas por parte de la empresa contribuyente ya que las entidades educativas no habían denunciado o suspendido los convenios firmados. En tal sentido las funciones que la ley atribuye al fisco nacional para controlar, verificar y determinar, en este caso, los recursos de la seguridad social presuntamente evadidos, no pueden quedar supeditadas a las observaciones que previa y eventualmente pudieran efectuar organismos completamente ajenos al ejercicio y cumplimiento de esas atribuciones. De lo contrario, se estaría facilitando la evasión de los aportes y contribuciones mediante maniobras fraudulentas que, no obstante ser groseras y burdas, no fueran objeto de algún cuestionamiento por parte de terceros.

Que tampoco resulta admisible que el organismo recaudador haya expresado inicialmente que no se encontraba en condiciones de determinar la deuda previsional correspondiente a uno de los periodos investigados. La ley penal tributaria establece específicamente que, como en este caso, cuando la denuncia fuere formulada por un tercero el fisco debe inmediatamente dar comienzo al procedimiento de verificación y determinación de la deuda (conf. artículo 18 de la ley 24.769). Esa tarea no puede ser obviada por más que existan opiniones administrativas divergentes respecto al asunto que es materia de investigación y menos aún cuando, como ocurrió en autos, esas opiniones resultan totalmente infundadas y contrarias a la legislación aplicable.

Que, además, los fallos dictados por la justicia laboral establecieron, en los casos en los que le tocó conocer, que existían verdaderas relaciones de dependencia que se encontraban encubiertas mediante la indebida utilización del régimen de pasantías, lo que en definitiva refuerza la sospecha de los representantes del ministerio público en el sentido de que la empresa

Poder Judicial de la Nación

contribuyente habría pergeñado la maniobra con el fin de evadir el pago de los aportes y contribuciones.

Que, por último, teniendo en cuenta el planteo de prescripción efectuado por los defensores de varios de los imputados del caso, corresponde instar al *a quo* para que, previo a cualquier otra tramitación, le de sustanciación conforme lo establecido por la ley procesal adjetiva.

Que, en esas condiciones, considero que lo resuelto no se ajusta a derecho y voto por su revocación.

Por lo expuesto, por mayoría, **SE RESUELVE: REVOCAR** la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

USO OFICIAL

EDMUNDO S. HENDLER
 JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. P. REPETTO
 JUEZ DE CAMARA

JUAN CARLOS BONZON
 JUEZ DE CAMARA

ANTE MI

MARIA MARTA NOVATTI
 SECRETARIA

CERTIFICO: que la presente es copia fiel de su original que corre en fojas 11.718/11.723, de los autos caratulados: "Telefonía de Argentina SA s/inf. ley 24.768", Causa Nº 63.692 Fº 221 ; Expediente Nº 28.180 de la Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital. Buenos Aires, 12 de diciembre de 2012. - Conste

MARIA MARTA NOVATTI
 SECRETARIA