



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

Mendoza, 01 de agosto de 2023.

AUTOS Y VISTOS:

Los presentes autos **FMZ 14.044/2020/1/CA1** caratulados “**LEGAJO DE APELACIÓN EN AS. AVENA, HUGO ALDO P/ INFRACCIÓN LEY 24769**” venidos a esta Sala “B” en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Hugo Aldo Avena contra la resolución por la que se dispuso: “**1. ORDENAR EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de Hugo Aldo AVENA CALERI, [...] por resultar “prima facie” autor penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 7 del Régimen Penal Tributario (conforme Título IX, art. 279 de la Ley 27.430) por 39 hechos en concurso real (art. 55 C.P.) por los periodos fiscales por los que fuera oportunamente indagado (con excepción de los periodos fiscales junio, julio, octubre y noviembre de 2015 y del periodo fiscal julio de 2016) conforme artículo 306 del C.P.P.N.; 2. TRABAR EMBARGO en relación a los bienes del nombrado por la suma de \$6.289.284,75 [...]; 3...; 4...; 5...; 6...; 7...”**;

Y CONSIDERANDO:

1) La causa se inició con la denuncia formulada por la Sección Penal Tributaria de la Dirección Regional Mendoza de AFIP-DGI, contra el contribuyente Atilio Avena e hijos S.A. por el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social (art. 9 Ley 24.769) en concurso real por 40 hechos (períodos fiscales de junio a diciembre de 2014, enero a diciembre de 2015, enero a mayo y julio a diciembre de 2016, enero a agosto, octubre y noviembre de 2017) y evasión del pago de aportes o contribuciones (art. 7 Ley 24769 -conforme Título IX art. 279 de la Ley 27430-) en concurso real por 4 hechos (períodos de diciembre de 2017 y enero a marzo de 2018).

Conforme consignó la denunciante, Atilio Avena e Hijos SA. se encuentra inscripta en AFIP-DGI bajo el número de CUIT 30-50473832-5,



posee fecha de cierre de ejercicio fiscal el 31/3 de cada año calendario, se encuentra inscripta como empleadora y agente de retención de aportes a la Seguridad Social desde abril de 1970, encontrándose activa al día de la denuncia.

Refirió que su actividad económica declarada es la preparación de conservas de fruta, hortalizas y legumbres, elaboración de vinos y cultivo de vid para vinificar y cultivo de frutos oleaginosos. Aclaró también, que la denunciada se encuentra atravesando un procedimiento de concurso preventivo desde el año 2017.

Que la contribuyente fue objeto de un procedimiento de auditoría fiscal, que se inició el 29/04/2019, y tuvo por finalidad controlar el ingreso al organismo recaudador de los aportes de seguridad social y obra social declarados como retenidos en los periodos mensuales 08/13 a 03/18.

Para verificar la apropiación indebida de estos tributos, la AFIP-DGI analizó la información obrante en los sistemas informáticos del organismo, observando respecto de los períodos relevados (08/13 a 03/18) que los períodos 8/13 al 5/14, 6/16 y 9/2017 fueron cancelados en su totalidad, por lo que, atento a lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 27541 (mod. por Ley 27562) no se incluyeron estos períodos en la denuncia; mientras que el resto de los períodos se encontraban a la fecha de la denuncia sin cancelar ni regularizar en régimen de moratoria alguno.

Conforme se añadió en la denuncia, la empresa había regularizado parte de su deuda previsional en un plan de facilidades de pago en el marco de la Ley 27260, lo que derivó en la interrupción de la prescripción de los períodos 5/2014 al 10/2015. Ese plan de pagos (N° J451722) luego caducó, el 18/9/2017.

Luego, en fecha 29/04/2019 se notificó el inicio de la OI N° 1.761.838 mediante formulario 8107/P N° 0120002019024071112 (fojas 1) y el 7/5/2019 mediante formulario 8600/P N° 0120002019029098906 (fojas 26) se solicitó al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

contribuyente lo siguiente: a) original y copia de las constancias de pago de aportes de seguridad social como empleador por los periodos 2/2013 a 09/2018; b) nota en carácter de declaración jurada informando: fecha de pago de los sueldos correspondiente a los periodos 2/2013 a 9/2018, modalidad de pago de los sueldos correspondientes, indicando si es en forma mensual, quincenal y forma de pago de los mismos (contado efectivo y/o bancario); c) nómina del personal en relación de dependencia incluidos en formulario 931 en los periodos 10/2015 a 01/2016 y de 02/2013 a 09/2018, detallando apellido nombre y CUIL y domicilio de cada uno de ellos; d) detalle de pago a proveedores en caso de corresponder efectuados en los períodos 2/2013 a 09/2018 detallando la modalidad de los mismos efectivo o bancario indicando razón social del proveedor, CUIT y monto pagado, adjuntando los recibos de pago correspondientes; e) detalle de las cuentas bancarias que posee adjuntando los resúmenes bancarios correspondiente a los periodos 03/2013 a 09/2018; f) libro de IVA ventas correspondiente a los períodos 2/2013 a 09/2018; g) detalle de bienes inmuebles y muebles que posea, como así también participaciones accionarias o fondos comunes de inversión; h) nómina de los integrantes del directorio y/o apoderados durante los períodos 3/2013 a 09/2018.

Que el 2/10/2019, mediante formulario 206/I, la firma inspeccionada contestó el requerimiento a través de su representante presentando en forma parcial la documentación solicitada e informando que: 1) Los sueldos son abonados quincenalmente; 2) Los aportes y contribuciones se abonaran mediante plan de pago vigente; 3) la sociedad se encuentra en concurso preventivo desde noviembre de 2017, y que la firma empieza a tener resultados positivos; 4) Los libros de sueldos y jornales se encuentran extraviados.

Frente a este escenario, la inspección consultó el sistema informático eFISCO surgiendo los bienes registrables de la empresa cuentas bancarias



facturaciones y nómina de empleados. Asimismo, se resaltó que la empresa acompañó copias de varios recibos de sueldos, en los cuales se detalla con claridad la efectiva retención de aportes de la seguridad social y de obra social.

Con anterioridad a la auditoría, Atilio Avena e Hijos S.A. había presentado las pertinentes declaraciones juradas del Sistema Único de Seguridad Social (“F. 931”).

Así, de la verificación realizada por la inspección, se comprobó que transcurrieron 10 días hábiles administrativos desde los vencimientos de los plazos de ingreso sin que el agente efectuara la totalidad de los depósitos de los aportes de la seguridad social y obra social respecto de los periodos mensuales junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre 2014, enero a diciembre 2015, enero, febrero, abril, mayo, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre 2016, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre 2017 .

Asimismo, transcurrieron 30 días corridos desde los vencimientos de los plazos de ingreso sin que se ingresaran totalmente los aportes de la seguridad social y obra social correspondiente a los meses de diciembre de 2017, enero, febrero y marzo de 2018.

En otro orden de ideas, según se señaló en la denuncia, se registraron pagos mínimos en concepto de aportes de obra social, observando que los conceptos denunciados difieren parcialmente de los aportes de obra social retenidos expuestos en las declaraciones juradas de la empresa.

Como conclusión, con base en el resultado de la fiscalización, la denuncia sostiene que los montos de capital de aportes de la seguridad social cuya retención indebida por parte de la contribuyente Atilio Avena e Hijos S.A. totalizan la suma de \$6.533.495,29.

2) Que corrida vista al Ministerio Fiscal (cfr. art. 180 del C.P.P.N), su representante formuló requerimiento de instrucción formal, por considerar que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

los hechos denunciados encuadrarían *prima facie* en las previsiones del art. 9 de la Ley 24769 (en concurso real por 40 hechos) y del art. 7 del Régimen Penal Tributario (en concurso real por 4 hechos) (cfr., Título IX de la Ley 27430).

Declarada la competencia del Tribunal para intervenir en los presentes, se ordenó instruir sumario en averiguación presunta infracción al art. 7 del Régimen Penal Tributario (cfr., Título IX artículo 279 de Ley 27.430) y se dispusieron diversas medidas probatorias, entre las cuales se citó a prestar declaración testimonial a Emma Jorgelina Vallejos y a Alejandro Emilio Leal, las que fueron oportunamente materializadas.

Que a la postre, se imputó a Hugo Aldo AVENA, en su carácter de presidente de la firma Atilio Avena e Hijos S.A., presunta infracción al art. 7 del Régimen Penal Tributario (cfr., Título IX, art. 279, de la Ley 27430) esto es, apropiación indebida de recursos de la seguridad social, en concurso real por 44 hechos, *en principio, por haberse apropiado indebidamente de los aportes de la seguridad social de los empleados de la firma ATILIO AVENA E HIJOS S.A., respecto de los períodos fiscales: junio de 2014 (\$ 125.842,31); julio de 2014 (\$204.133,68); agosto de 2014 (\$ 136.113,31); septiembre de 2014 (\$ 143.121,00); octubre de 2014 (\$ 149.353,56); noviembre de 2014 (\$ 136.038,80); diciembre de 2014 (\$ 150.133,18); enero de 2015 (\$ 216.712,50); febrero de 2015 (\$ 158.487,78); marzo de 2015 (\$ 127.152,08); abril de 2015 (\$ 127.059,25); mayo de 2015 (\$ 128.599,07); junio de 2015 (\$ 147.837,08); julio de 2015 (\$196.022,85); agosto de 2015 (\$136.593,29); septiembre de 2015 (\$ 139.672,91); octubre de 2015 (\$ 108.909,49); noviembre de 2015 (\$104.408,70); diciembre de 2015 (\$ 122.750,93); enero de 2016 (\$ 146.383,03); febrero de 2016 (\$163.708,91); marzo de 2016 (\$146.491,63); abril de 2016 (\$137.131,61); mayo de 2016 (\$142.335,77); julio de 2016 (\$ 79.078,12); agosto de 2016 (\$147.857,96); septiembre de 2016 (\$ 137.352,74); octubre de 2016 (\$ 132.831,46); noviembre de 2016 (\$*



134.943,53); diciembre de 2016 (\$ 140.193,05); enero de 2017 (\$ 174.667,66); febrero de 2017 (\$ 143.240,68); marzo de 2017 (\$ 144.509,60); abril de 2017 (\$ 138.578,37); mayo de 2017 (\$ 155.773,68); junio de 2017 (\$ 168.384,18); julio de 2017 (\$ 171.915,49); agosto de 2017 (\$ 205.431,42); octubre de 2017 (\$ 222.382,03); noviembre de 2017 (\$ 146.671,20); diciembre de 2017 (\$ 137.541,08); enero de 2018 (\$ 163.196,46); febrero de 2018 (\$ 148.926,68); y marzo de 2018 (\$ 145.027,26) conforme la denuncia formulada por la AFIPDGI y el requerimiento fiscal.

Que Hugo Aldo AVENA prestó declaración indagatoria, oportunidad en la que se abstuvo declarar (conf. art. 294 del C.P.P.N.).

3) Al momento de resolver, el Sr. Juez del Juzgado Federal N° 3 de Mendoza, dispuso el **procesamiento sin prisión preventiva de Hugo Aldo Avena** por estimarlo *prima facie* **autor penalmente responsable del delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social, previsto y reprimido por el art. 7 del Régimen Penal Tributario (conforme Título IX, art. 279 de la Ley 27.430) por 39 hechos en concurso real (art. 55 CP).**

Contra dicho interlocutorio la defensa del imputado interpuso recurso de apelación, por entender que el mismo carece de los requisitos fundamentales vinculados a la comprobación del tipo objetivo y subjetivo del delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social y de apoyo en elementos probatorios básicos vinculados al tipo en cuestión.

Refiere, a modo de ejemplo, que no hay pruebas de que los salarios que habrían originado las retenciones cuyo depósito se hubiera luego omitido, se hubiese efectivamente pagado.

Añade, que el procesamiento es fruto del relato del denunciante, desprovisto de medidas probatorias adicionales producidas a instancias del titular de la acción penal.

4) Concedido el recurso de apelación por el Inferior y elevado el expediente a ésta Alzada, cumplida la vista contemplada por el art. 453 del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

C.P.P.N., se fija fecha para presentar informe escrito sustitutivo de la audiencia que establece el art. 454 del código de rito.

5) Que en primer término informa el Sr. Fiscal General, solicitando el rechazo del recurso interpuesto, al estimar que el auto discutido se encuentra debidamente fundado y que la conducta omitida tipifica el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social, quedando *prima facie* acreditado que Hugo Aldo Avena es penalmente responsable.

Efectúa diversas consideraciones de hecho y derecho en apoyo a su postura.

5) Seguidamente la defensa de Hugo Aldo Avena presenta informe, ampliando los argumentos expuestos oportunamente al interponer el recurso de apelación, en base a los cuales solicita la revocación del interlocutorio en crisis.

Analiza legislación y cita doctrina y jurisprudencia sobre la cual funda sus agravios, especialmente en relación a las pruebas agregadas a la causa.

6) Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio de esta Alzada, y habiendo analizado las presentes actuaciones, cabe adelantar que el recurso de apelación intentado debe ser rechazado, y la resolución del magistrado de grado confirmada, por las razones de hecho y derecho que a continuación se exponen.

Cabe decir que, la decisión adoptada por el Inferior en la resolución recurrida respeta el estándar exigido por el art. 123 del C.P.P.N, pues se sustenta en la ponderación de los elementos de convicción que individualiza, y que resultan suficientes para considerar acreditado el delito por el cual se responsabiliza al imputado, teniendo siempre en cuenta la provisoriedad de la etapa procesal transitada, toda vez que los agravios expresados por la defensa no resultan suficientes para su modificación.

Es que, advertimos que el Judicante ha realizado un minucioso, pormenorizado y acertado análisis de la supuesta maniobra delictiva que se



habrían llevado a cabo el encartado, ponderando todos los elementos de cargo colectados por la instrucción, llegando a la conclusión de que existen elementos de convicción suficientes para dictar el procesamiento del mismo.

No obstante, y tal como venimos sosteniendo en forma inveterada, el hecho de que se confirme una resolución en coincidencia con los fundamentos del *a-quo* y en los términos del art. 455 citado, no obsta la facultad y potestad de esta Sala de verter otros fundamentos.

6.1) Ahora bien, en cuanto a los hechos que dieron origen a las presentes actuaciones se remite a lo expresado en el Considerando 1) de la presente resolución.

Que la imputación que se atribuye al Sr. Avena se encuentra respaldada por la denuncia efectuada por la Dirección General Impositiva, las declaraciones testimoniales de Emma Jorgelina Vallejos y Alejandro Emilio Leal, y la documentación aportada por AFIP-DGI.

Estos elementos probatorios, conforme la etapa procesal que se transita, y la provisoriedad del auto apelado, constituyen pautas de convicción suficientes para mantener el procesamiento ordenado por el *a quo*.

Respecto al tipo penal en trato, el art. 7 de la Ley Penal Tributaria (según Ley 27430) dispone que: *“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.”*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

En esta acción típica, el importe retenido por el empleador, es mantenido en su poder, una vez vencido el plazo de gracia establecido en la norma, sin ingresarlo al Fisco. La acción implica conservar o guardar dinero que no es propio y respecto del cual se carece de derecho alguno.

La norma se refiere a la retención de los “aportes”, los cuales, a través de una ficción, el empleador entrega al empleado, y este no lo retira, pues el empleador, que es el agente de retención por imposición legal, debe depositar las sumas en el sistema de reparto.

La figura presupone, como hecho cierto, que el empleador entrega al empleado los montos, y este devuelve las sumas de dinero correspondientes a sus aportes, junto con los restantes pagos. En ese momento, el empleador la retiene, pues el ingreso de los aportes no lo efectúa el empleado sino el empleador (HADDAD, Jorge, “Ley penal Tributaria comentada”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, pág. 130).

La figura, exige la intención del empleador de no ingresar los “aportes” de sus empleados, cuando legalmente corresponde –dolo-. No siendo necesaria, la existencia de ardid o engaño, ni las declaraciones engañosas u ocultaciones maliciosas, sino que se sanciona la acción de guardar, mantener o quedarse con dinero que no es propio, sino de su empleado.

Teniendo en cuenta lo expresado, corresponde rechazar el agravio defensorista, ya que, tal como sostiene el Sr. Fiscal General, en la documentación aportada junto a la denuncia pueden observarse las declaraciones juradas, nóminas de empleados, bonos de sueldo -donde figura la retención de aportes en forma quincenal, correspondientes a los períodos denunciados como retenidos y no aportados- así como el registro de automotores y bienes inmuebles que están o estuvieron a nombre de la empresa, entre otras cosas (ver en sistema Lex 100 “DEO 3717890” incorporado en fecha 30/9/21)



Es que, tal como se ha reiterado en varias oportunidades, integra el tipo penal la posibilidad material de cumplir la conducta debida y, por último, la ausencia de la acción esperada, siendo un delito de carácter instantáneo que se consuma en el momento en que el acto omitido debería haberse realizado.

A ello, cabe agregar, que no puede considerarse, el no pago de los aportes, como un bien de menor relevancia, ya que, lo que busca proteger la figura penal, es un sistema de elevadísima importancia, que es el sistema de Seguridad Social nacional, que con su actual sistema de transferencia intergeneracional, incumbe a toda la población laboralmente activa, como aquella pasiva.

En relación a ello, se ha dicho que: *“...a los fines de la justificación legal, el mal evitado debe ser mayor al causado, lo que no sucedió en este caso en el que el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida de tributos es el patrimonio del Tesoro Nacional...destinado a solventar finalidades sociales. Por esta razón, ese tipo delictivo resguarda un interés público de mayor valor objetivo que el interés particular de la empresa...”*. (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, M., J.J. y M., E. A. s/ Recurso de Casación, 11/02/2015).

Por lo tanto, luego de un análisis de los elementos probatorios obrantes en autos, esta Alzada considera que, los agravios vertidos por la apelante no logran conmover los fundamentos expuestos por el *a quo* (art. 455 del CPPN), a los cuales cabe remitirse, agregando las valoraciones aquí vertidas. Toda vez que, en concordancia con lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal, la entidad denunció que pudieron comprobarse, a través del sistema informático “e-Fisco” de AFIP-DGI, acreditaciones bancarias de la empresa durante los períodos denunciados, permitiendo concluir que se contaba con dinero disponible para hacer los depósitos debidos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B
FMZ 14044/2020/1/CA1

6.2) Respecto al monto del embargo, el mismo se presenta razonable, si se tienen en cuenta los elementos de la causa, como el monto evadido la posibilidad de sanción pecuniaria.

En este sentido, es dable destacar que al dictarse un auto de procesamiento en un proceso penal (art. 306 del C.P.P.N.), el magistrado instructor debe pronunciarse sobre el embargo de los bienes del imputado, conforme lo dispone el art. 518 del código ritual.

En efecto, este artículo dispone que: *“Al dictar auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado...”* el cual deberá disponerse en una *“...cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas...”*. La medida deberá ser establecida en un monto suficiente, como garantía de sus eventuales responsabilidades civiles y/o penales resultantes de los hechos investigados en las actuaciones.

Se tiene en cuenta, para su determinación, la posibilidad de que el imputado deba hacer frente a las costas provocadas, entendidas como el pago de la tasa de justicia y los honorarios de los letrados y demás profesionales actuantes en autos, así como la sanción pecuniaria que podría existir, o el eventual reclamo indemnizatorio que se le podría efectuar a consecuencia de sus actos (Cámara Federal de Casación Penal –Sala I, sumario CFP 4943/2016/TO1/6/CFC6, “Echegaray, Ricardo Daniel s/ recurso de casación”, de fecha 09/12/2019).

A su vez, no puede ignorarse entonces que el embargo resulta ser una medida cautelar de suma importancia, al prevenir la futura insolvencia de quien puede ser condenado pecuniariamente en un proceso penal, asegurando los bienes de éste para evitar que disponga de ellos (confr. Claria Olmedo, Jorge, “Derecho Procesal Penal Tomo II”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, Pág. 387 y sgtes).



Ante este escenario, en virtud de la normativa señalada, se advierte que el monto de \$6.289.284,75, impuesto por el *a quo*, se presenta razonable y ajustado a derecho.

Por lo expuesto, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1) **NO HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Hugo Aldo Avena y, en consecuencia, 2) **CONFIRMAR** la resolución puesta en crisis, en cuanto fuera materia de apelación y agravio (conf. lo dispuesto por el art. 455 del C.P.P.N. y los fundamentos vertidos en la presente).

Protocolícese. Notifíquese. Publíquese.

Nota: Para dejar constancia que el presente decisorio se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 31 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

