SAL... REGIST... N°..501...F°1052/1056 Año 2004

INCIDENTE DE NULIDAD INTERPUESTO A FAVOR DE BRANDI, MARCELO; BRANDI, PEDRO, BRISCO, JOSE EN LA CAUSA "BRANDI, MARCELO Y OTROS S/INF LEY 24.769", CAUSA N° 1184/03, JUZGADO PENAL TRIBUTARIO N° 1 (causa N°51.535, registro N° 18.299 de la Sala B).

Buenos Aires, 24 de junio de 2004.

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por la defensa de Luis Osvaldo CARDENUTO a fs. 71/72 vta. y por la defensa de Pedro BRANDI, Marcelo BRANDI y José BRISCO a fs. 73/74 de este incidente, ambos contra la resolución de fs. 59/68 del mismo legajo.

Los informes escritos de fs. 90/97 y 101/114 de este incidente, presentados por las defensas de los nombrados, respectivamente, de conformidad con lo previsto por el art. 454 del C.P.P.N.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que, por el escrito de fs. 20/31 vta., la defensa de José BRISCO, Pedro BRANDI y Marcelo BRANDI solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado en el expediente principal, por los siguientes motivos:

a) La A.F.I.P.-D.G.I. habría obtenido la documentación que dio sustento a la denuncia de fs. 1/7 del expediente principal por medios irregulares "*bajo el ropaje de la discrecionalidad coercitiva*" que se otorga a aquel organismo por la ley 11.683 toda vez que, como los funcionarios administrativos habrían tenido en cuenta las actuaciones judiciales vinculadas con otra investigación seguida contra el contribuyente ALVAREZ Y PATIÑO S.A., la sospecha de la existencia de un delito previsto por la ley penal tributaria habría existido desde el **comienzo** de la verificación e inspección llevadas a cabo sobre DECAVIAL S.A. y no sería la consecuencia de aquellos actos administrativos;

por lo tanto, la prueba adquirida por medio de aquellos procedimientos, al haberse llevado a cabo fuera del ámbito jurisdiccional y sin advertencia alguna de que serían utilizados para formular una imputación penal, violentarían la garantía constitucional de defensa en juicio y el derecho a la no autoincriminación coactiva (art. 18 de la Constitución Nacional).

b) La inexistencia de una determinación de oficio "regular" con relación a los períodos denunciados, toda vez que: 1- La determinación de oficio llevada a cabo inicialmente se fundó en la aplicación de presunciones con base en la situación de otros contribuyentes y sin haberse permitido a DECAVIAL S.A. acreditar su propia situación y 2- No se habría llevado a cabo el procedimiento previo de determinación de oficio con respecto a los directores de DECAVIAL S.A.

2°) Que, por el escrito de fs. 49/53 la defensa de Luis Osvaldo CARDENUTO adhirió a la impugnación señalada por la consideración anterior, exclusivamente en cuanto a la obtención de "*probanzas de entidad cargosa en perjuicio de los imputados*" y solicitó que se decrete la nulidad de las diligencias administrativas previas a la denuncia, la descalificación de la prueba obtenida por aquéllas y de todo lo actuado en consecuencia.

3°) Que, por los recursos de apelación de fs. 71/72 vta. y 73/74 y los memoriales de fs. 90/97 y 101/114, los recurrentes consideraron que el tribunal *a quo* no respondió a la totalidad de los argumentos desarrollados por las defensas, que la calidad de gran contribuyente no puede convalidar las violaciones a las garantías mencionadas, reeditando los argumentos expresados por los pedidos de nulidad mencionados por los considerandos 1° y 2° de la presente.

Asimismo, la defensa de José BRISCO, Pedro BRANDI y Marcelo BRANDI se agravió por la imposición de costas a aquéllos.

4°) Que, según ha expresado este Tribunal en numerosas

USO OFICIAL

oportunidades, el postulado rector en lo que atañe al sistema de las nulidades es el de la conservación de los actos. La interpretación de la existencia de aquéllas es restrictiva (conf. art. 2° del C.P.P.N.) y sólo procede la declaración cuando por la violación de las formalidades resulta un perjuicio real, actual y concreto para la parte que las invoca, y no cuando se plantean en el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial (confr. Regs. Nos. 367/00, 671/00, 682/00 y 1170/00, entre otros).

5°) Que, con respecto al agravio vinculado a que los funcionarios de la A.F.I.P.-D.G.I. habrían tenido conocimiento suficiente sobre la posible comisión de alguno de los delitos previstos por la ley penal tributaria desde el inicio de la verificación e inspección de DECAVIAL S.A. y que por lo tanto se debería haber procedido de conformidad con lo previsto por el art. 21 de la ley 24.769 o, en su caso, haber efectuado una denuncia penal para recabar los elementos documentales que bajo aquellas actuaciones administrativas fueron obtenidas y, por el cual los recurrentes consideran que aquellos actos realizados en la sede administrativa deben reputarse inválidos, no prosperará, pues aquella aseveración no se adecua a las constancia de la causa.

6°) Que, en efecto, por el art. 35 de la ley 11.683 se prevén facultades para verificar en cualquier momento, por intermedio de funcionarios y empleados de la A.F.I.P.-D.G.I., el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes, reglamentos, resoluciones e instrucciones administrativas, fiscalizando la situación de cualquier presunto responsable.

Asimismo, se prevé expresamente la posibilidad de exigir de los responsables o terceros la presentación de todos los comprobantes y justificativos que se relacionen con algún hecho imponible previsto legalmente, e inspeccionar los libros, anotaciones, papeles y documentos de responsables o terceros, que puedan registrar o comprobar las negociaciones y operaciones que se juzguen vinculadas a los datos que contengan o deban contener las declaraciones juradas, entre otras facultades.

7°) Que, si bien "*...las facultades de verificación y fiscalización previstas por... la ley 11.683 tienen por objeto proveer a la Dirección General Impositiva de los poderes necesarios para investigar, o constatar, si los contribuyentes cumplen, o no, con las obligaciones tributarias..., pero no tienen como fin la colección de los elementos probatorios que resulten necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la instrucción jurisdiccional -que se establecen por el art. 193 del CPPN-, pues la forma de reunir aquellas pruebas se encuentra especialmente regulada por las disposiciones del ordenamiento procesal (Título III del Libro Segundo)...*" (confr. Reg. N°61/97, de esta Sala "B"), lo cierto es que de las constancias de la causa no surge que aquélla haya sido la situación en este caso.

8°) Que, en efecto, por la lectura del acta de fs. 1 del expediente C.O.D. 3019/8, se aprecia que se dispuso la "*verificación de los libros, anotaciones, papeles y documentos, a efectos de corroborar información obrante en el Organismo*". Asimismo, por la lectura del informe de fs. 646/648 de aquel expediente se advierte que "*De acuerdo a los antecedentes citados, la tarea de fiscalización se orientó a verificar el tipo y monto de las operaciones con Dispro Int. S.A. y en especial el circuito financiero a fin de detectar la procedencia de la aplicación de la sobretasa el art. 37*".

Por lo tanto, queda claro que, toda vez que la A.F.I.P.-D.G.I. poseía información con respecto a la inexistencia de la sociedad DISPRO INT. S.A. y a que DECAVIAL S.A. habría practicado retenciones por operaciones que aparecerían registradas a nombre de aquella sociedad (todo lo cual se indica en la referencia a los antecedentes de aquella investigación administrativa, relacionados con ALVAREZ Y PATIÑO S.A., de la cual emergería la información a constatar), las tareas desarrolladas por el organismo recaudador se dirigieron a la verificación de las características y los montos de las operaciones vinculadas con DISPRO INT. S.A., sobre cuya irregularidad existían sospechas.

En este sentido, debe enfatizarse que, si bien carece de relevancia

USO OFICIAL

que DECAVIAL S.A. ostente la categoría de gran contribuyente, la sospecha de la existencia de una irregularidad no puede asimilarse, sin más, a la sospecha de que se ha cometido un delito (la cual, en este caso, recién se habría conformado al culminar de las tareas de verificación e inspección). Sobre todo, en los casos como el que se examina, que requieren la constatación de que el monto evadido supere la condición objetiva de punibilidad prevista por el art. 1° de la ley 24.769.

9°) Que, por lo demás, este Tribunal ha establecido: "*...por el art. 21 de la ley 24.769 se contempla una situación de excepción no prevista por el C.P.P.N. (Ley 23.984 y sus modificatorias) por el cual se autoriza al organismo recaudador a solicitar al juez penal competente las medidas de urgencia y las autorizaciones que se estimen necesarias para obtener y resguardar elementos de prueba probablemente relacionados con la presunta comisión de alguno de los delitos tipificados por aquella ley*" (confr. Regs. Nos. 921/03 y 922/03). Por lo tanto, es destacable la diferencia significativa entre los presupuestos de aplicación y las finalidades previstas por el art. 35 de la ley 11683, por un lado, y por el art. 21 de la ley 24.769, por el otro.

10°) Que, asimismo, si bien resultaría contradictorio sostener que debería haberse efectuado la denuncia penal -por las circunstancias a las que hicieron alusión los recurrentes- y simultáneamente pretender que el alcance de la declaración de la nulidad solicitada se extienda también a la denuncia efectuada en el expediente principal, por cuanto por aquella circunstancia se aprecia que si los requisitos para denunciar ya se encontraban reunidos con anterioridad a la verificación, también resultarían suficientes para efectuar la denuncia posteriormente con independencia de las actuaciones administrativas cuya invalidez también se pretende, lo cierto es que, como consecuencia de lo normado por los arts. 18 y 19 de la ley 24.769 no resultaría acertado imponer al organismo fiscal el deber de determinar la deuda tributaria y, simultáneamente, vedarle la posibilidad de contar con los elementos necesarios para la consecución

de aquéllos fines.

11°) Que, por otro lado, tampoco puede pretenderse que la A.F.I.P.-D.G.I. haya omitido algún deber de comunicar que el resultado de las tareas administrativas llevadas a cabo podría resultar utilizado, posteriormente, para efectuar una denuncia penal, toda vez que, sin perjuicio de que aquella pueda ser la consecuencia de cualquier verificación o inspección, no existe una norma que imponga este deber a aquel organismo cuyo incumplimiento pueda pregonarse.

En este sentido, "*...en el caso en que haya una respuesta verbal a un requerimiento del funcionario del fisco, o en la hipótesis de que se haya procedido a la inspección de libros o papeles, aquél tiene el deber de asentar las expresiones, o la inspección en un acta... sin que pueda esto paralelizarse ni en las formas, ni en su naturaleza, a una declaración del imputado*" (confr. Reg. N° 145/96, de esta Sala "B").

12°) Que, en suma, si se tienen en cuenta las atribuciones que, por la ley 11.683, se confiere a la A.F.I.P.-D.G.I., debe concluirse que la intervención de los funcionarios de aquel organismo en la verificación e inspección de DECAVIAL S.A. se produjo en el marco de aquellas facultades, con la finalidad de verificar determinada información que poseía el organismo recaudador sobre la existencia de una presunta relación entre aquella sociedad y una sociedad presuntamente inexistente (DISPRO INT. S.A.) y el influjo que aquellas operaciones pudieran alcanzar en la situación tributaria de DECAVIAL S.A. y que, producto de aquellas tareas, se patentizó la sospecha sobre la posible comisión de un hecho ilícito tributario, cuya cuantía pudo especificarse a través del procedimiento de determinación de oficio de la deuda tributaria.

Por lo tanto, no se advierte alguna violación a las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes.

13°) Que, en definitiva, "*no puede confundirse la forma en que determinados elementos de prueba ingresan al proceso penal, con el valor*

USO OFICIAL

probatorio que, en definitiva, corresponda asignar a aquellos elementos" (confr. Regs. Nros. 552/02 y 849/02, de esta Sala "B").

14°) Que, con respecto a lo expresado por la defensa de Pedro BRANDI, Marcelo BRANDI y José BRISCO en cuanto a la inexistencia de determinación de oficio "regular" con relación a los períodos denunciados, como consecuencia de la aplicación de presunciones basadas en la situación de otros contribuyentes y sin que se haya permitido a DECAVIAL S.A. acreditar su propia situación, debe precisarse que este agravio tampoco tendrá recepción favorable.

15°) Que, en efecto, este Tribunal ha establecido que "*las cuestiones planteadas en torno a supuestas violaciones de la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), que habrían tenido lugar en un proceso distinto de este, deben ser articuladas en aquél, por lo que no corresponde que este Tribunal emita opinión*" (confr. Reg. N° 711/00).

16°) Que, en este sentido, de conformidad con lo expresado por el considerando **13°** de la presente, en este caso, tampoco puede existir confusión entre la validez de los métodos utilizados por el procedimiento administrativo de determinación de oficio practicado, con el alcance probatorio que, eventualmente, pueda otorgarse a aquéllos durante un proceso penal para sustentar una resolución de mérito con relación a los imputados.

17°) Que, por otro lado, con respecto a la inexistencia de un procedimiento previo de determinación de oficio con relación a los directores de DECAVIAL S.A. y la estimación del recurrente de que aquélla debería haberse realizado como consecuencia de que el Ministerio Público Fiscal ostenta la calidad de parte en el proceso y, por lo tanto, devendría imposible el tratamiento de aquél como un "tercero" en los términos del último párrafo del art. 18 de la ley 24.769; este agravio tampoco tendrá recepción favorable.

18°) Que, por el art. 18 de la ley 24.769 se prevé: "*El organismo recaudador, formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria....Cuando la denuncia penal fuere formulada por un tercero, el juez remitirá los antecedentes al organismo recaudador que corresponda, a fin de que inmediatamente dé comienzo al procedimiento de verificación y determinación de la deuda....*".

19°) Que, este Tribunal ha establecido: "*...cuando se trata de delitos de acción pública, como en el caso en examen, una vez delimitado debidamente el hecho objeto de investigación, la instrucción de las actuaciones no puede quedar limitada a investigar a quienes han sido individualizados por la denuncia, dado que aquello implicaría una violación al principio procesal de legalidad (arts. 71 del Código Penal, 5 del C.P.P.N. y 29 de la ley 24.946) y a su derivación, la indivisibilidad subjetiva de la acción penal pública, por la cual, en los casos en que hayan participado varias personas en la comisión de un delito, la acción penal debe dirigirse contra todos ellos...*" (confr. Reg. N°100/03).

Por aquellas previsiones legales, también se impone al Ministerio Público Fiscal la obligación de iniciar, de oficio, todos los casos en los cuales se advierte la posible comisión de un delito de acción pública, circunstancia acaecida en el expediente principal por la ampliación del requerimiento de instrucción de fs. 2173/2179 vta..

20°) Que, en consecuencia, no se advierte que por el art. 18 de la ley 24.769 se haya establecido una excepción a lo previsto por las normas mencionadas por la consideración anterior, por la cual se supedite el impulso de la acción de los delitos de acción pública, por parte del Ministerio Público Fiscal, a la realización del procedimiento administrativo de determinación de oficio de la deuda tributaria.

Por el contrario, estos casos deben ser asimilados a aquéllos en los cuales la denuncia fue efectuada por un tercero pues, cuando por el art. 18 de la

USO OFICIAL

ley 24.769 se hace alusión a un "*tercero*", se está haciendo referencia a un sujeto diferente del "organismo recaudador" y no a un "*tercero*" como referencia a un sujeto distinto a las partes del proceso penal; por lo tanto, si bien el Ministerio Público Fiscal resulta parte en el proceso penal, resulta ser un tercero con relación al organismo fiscal.

21°) Que, contrariamente a lo indicado por el recurrente, de esta manera no se soslaya la existencia de la determinación de oficio, sino que aquélla deberá llevarse a cabo de conformidad con lo normado por el último párrafo del art. 18 de la ley 24.769.

22°) Que, en consecuencia, se advierte que el tribunal de la instancia anterior atendió a la totalidad de los agravios planteados por quienes promovieron este incidente y que, en el caso, no hubo inobservancia de alguna disposición del ordenamiento procesal, ni se causó algún perjuicio concreto a la parte (requisito insoslayable para invalidar un acto del procedimiento); por lo tanto, corresponde confirmar la resolución recurrida en lo concerniente al agravio que se viene examinando.

23°) Que, por otro lado, con respecto a la apelación, por parte de la defensa de Marcelo BRANDI, Pedro BRANDI y José BRISCO, de las costas impuestas por la resolución 59/68 de este incidente, debe tenerse en cuenta que por el art. 530 del C.P.P.N. se prevé que toda resolución mediante la cual se ponga término a la causa o a un incidente deberá resolver sobre el pago de las costas procesales.

Por el art. 531 del código adjetivo se establece que las costas serán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar.

24°) Que, si bien aquella defensa pudo haberse creído con derecho a impulsar este incidente en virtud de los argumentos expresados por el escrito

de fs. 101/114, aquellos argumentos no resultan conducentes para demostrar que se debe hacer lugar, en este caso, a la excepción prevista por el art. 531 del C.P.P.N..

25°) Que, en este caso, aquella parte solicitó la declaración de nulidad de todo lo actuado, criterio que no fue compartido por el Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior, ni acogido por el tribunal de la instancia previa, por lo que se evidencia una categórica decisión adversa y la correspondencia de la aplicación de las costas a la parte perdidosa.

Por ello, ***SE RESUELVE:***

I. CONFIRMAR, la resolución de fs. 59/68 de este incidente, **por los fundamentos expresados por la presente.**

II. CON COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

CARLOS ALBERTO PIZZATELLI
JUEZ DE CAMARA

MARCOS ARNOLDO GRABIVKER
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO ENRIQUE HORNOS
JUEZ DE CAMARA

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES en lo PENAL ECONOMICO de la CAPITAL
REPUBLICA ARGENTINA
SALA B

...FICO: Que la presente es copia fiel de su original que corre a fojas ..., de los autos caratulados: - BRANDI, MARCELO Y OTROS S/INFLEJ 24769" (INC. NULIDAD) ", Causa N° 51535 ; Orden N° 18299 de la Excma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital. Buenos Aires, 24 junio de 2004 .- Conste.-

MARTA L. MARMISSOLLE
Secretaria de Cámara

BIBLIOTECA
USO OFICIAL