

ASOCIACION ILICITA ~ DELITO ~ FRAUDE A LA LEY ~ ILICITO TRIBUTARIO ~ LEGISLACION TRIBUTARIA
~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ PROCESAMIENTO ~ SOCIEDAD FICTICIA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B

Fecha: 30/12/2003

Partes: **Real de Azúa**, Enrique C. y otros s/inc. **de** apel.

Publicado en: LA LEY 2004-B, 889, con nota de Germán J. Ruetti; IMP 2004-A, 506, con nota de Daniel Malvestiti;

Hechos

Los imputados en orden al delito de asociación ilícita -art. 210 C.P.-, acusados de crear sociedades ficticias con el objeto de realizar operaciones simuladas de compraventa de bienes y servicios con contribuyentes, quienes habrían generado créditos fiscales para reducir indebidamente el pago de sus tributos, apelaron su procesamiento. La Cámara confirmó la resolución respecto de quienes se probó su intervención en los hechos investigados.

Sumarios

1. 1 - Corresponde procesar a los imputados en orden al delito de asociación ilícita -art. 210 C.P.- si existen elementos prima facie que demuestran que intervinieron en la creación de un conjunto de sociedades que, no obstante contar con el pertinente acto notarial de constitución y estar inscriptas ante la IGJ y la AFIP, no existirían más que formalmente por no tener actividad real comprobada, cuyo objetivo sería la realización de operaciones simuladas de compraventa de bienes y servicios con contribuyentes con actividad real, mediante los cuales estos últimos habrían generado costos o créditos fiscales ficticios y, de ese modo, habrían reducido indebidamente la base de cálculo de los tributos a cuyo pago estaban obligados.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 30 de 2003.

Vistos:

Los recursos de apelación interpuestos a fs. 4059/4060 vta., 4065/4068 vta., 4071/4073 vta., 4074/4080 vta., 4085/4087 vta., 4089/4091 vta. y 4283/4285 vta. del legajo principal, por las defensas de Roberto Félix Ontivero, Enrique Carlos Real de Azúa, María Noel Devoto, Valentina Rebeca Michanie, Guillermo Antonio Aleart, Susana Cristina Cirigliano y Esteban Antonio Cabrera, respectivamente, contra los puntos I/X, XII/XIII, XV/XXI de la resolución obrante a fs. 3889/4006 de los autos principales.

Las constancias y escritos de fs. 165/vta., 166/vta., 167/vta., 168/vta., 169/vta., 172, 173 y 174 de este incidente, por los cuales se mantuvieron los recursos interpuestos.

Las presentaciones de fs. 184/199 vta., 200/239, 240/250 vta., 251/254, 255/262 vta. y 263/283 de este incidente, por las cuales las defensas de Valentina Rebeca Michanie, Enrique Carlos Real de Azúa, Roberto Félix Ontivero, Susana Cristina Cirigliano, Guillermo Antonio Aleart y María Noel Devoto, respectivamente, presentaron memoriales conforme se prescribe por el art. 454 del C.P.P.N.

La constancia de fs. 183, por la cual se da cuenta de la celebración de la audiencia mediante la cual la defensa de Esteban Antonio Cabrera informó "in voce", conforme se prescribe por el art. 454 del C.P.P.N.

La presentación de fs. 285/287 vta. por la cual el señor Fiscal General de Cámara contestó la vista que se le confirió a fs. 284, con respecto a los planteos de nulidad efectuados a fs. 184/199, 209/239, punto b) y 263/283.

Y considerando:

1°) Que, según ha establecido este Tribunal en numerosas oportunidades, el postulado rector en lo que hace 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° 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, y no cuando aquéllas se vinculan con el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial (confr. Regs. Nos. 367/00, 671/00, 682/00, entre muchos otros).

2°) Que por el pronunciamiento de fs. 3889/4006 del expediente principal, se consignaron los datos personales de todos los imputados con respecto a los cuales se dictó aquél (autos y vistos) y se hizo un relato de los hechos investigados (punto B -fs. 3890 vta./3894). Asimismo, se detalló cuál fue la intervención de cada uno de los imputados y se identificaron las pruebas recabadas que llevaron a indagarlos y posteriormente a atribuirles responsabilidad en los sucesos que se imputó a cada uno de aquéllos (punto E -fs. 3987/4003- y punto C -fs. 3894/3952 vta.-). Finalmente, se describió lo manifestado por aquéllos en la oportunidad de prestar declaración indagatoria, expresándose, en cada caso, los fundamentos del juzgado de la instancia anterior para resolver como lo hizo (punto D -fs. 3952 vta./3986 vta. y punto E), y se indicó la calificación legal (punto E). Esto significa que se detallaron los elementos de convicción valorados por el tribunal "a quo", se expresaron someramente los motivos en los cuales se sustentó la decisión y se calificó legalmente al presunto delito investigado, con cita de las disposiciones aplicables.

3°) Que, para que la nulidad de una resolución se produzca por causa de vicios en la fundamentación, ésta debe mostrar omisiones sustanciales de motivación, o resultar contradictoria, o arbitraria por apartamiento de las reglas de la sana crítica, de la lógica, la experiencia o el sentido común, o estar basada en apreciaciones meramente dogmáticas. Estos defectos no se advierten en el auto apelado, el cual ofrece una motivación suficiente para sustentar lo decidido.

En consecuencia, se advierte que por la resolución impugnada se cumplió con el requisito de fundamentación que se exige por los arts. 123 y 308 del C.P.P.N. (confr. Reg. 276/98 de esta sala B).

4°) Que las diferencias de criterio que tengan las partes con relación a la fuerza probatoria de los elementos incorporados a la causa y a la idoneidad de éstos para generar la convicción suficiente que se exige para el dictado del auto de procesamiento (art. 306 del C.P.P.N.) son materia de la discusión central del trámite del recurso de apelación, pero no implican la invalidez de la resolución recurrida, en los casos -como el que se presenta en el "sub lite"- en los cuales el auto impugnado cumple con los requisitos de motivación que se prescriben por la ley procesal vigente.

5°) Que, mediante el análisis del expediente principal y de la documentación reservada, se advierte "prima facie" que la maniobra investigada habría consistido en la creación de un conjunto de sociedades que, no obstante contar con el pertinente acto notarial de constitución y estar inscriptas ante la IGJ y la AFIP, no existirían más que formalmente, pues no habrían tenido alguna actividad real comprobada.

6°) Que lo expresado por la consideración anterior puede deducirse del análisis unificado de las siguientes irregularidades, relacionadas con la constitución y el supuesto funcionamiento de las mencionadas sociedades (ver protocolos reservados en secretaría y fs. 1/7 vta., 15/40, 143/144, 258/264, 734, 742/745, 748/757, 761 vta., 934, 959, 1048/50, 1101/1103, 1107/1109 vta., 1112/vta., 1115/1116, 1131/1215, 1218 vta., 1222/1225, 1228, 1230/1231, 1257/1259, 1268, 1277/1288, 1470, 1523/1527, 1730/1740 vta., 1743/1747 vta., 1749/1763 vta., 2062, 2068/2069, 2082/2083, 2525/2526, 2691/2693, 2730/2732, 2860/2861, 2866/2868, 2870, 2884, 2950/2969, 2976/2981, 2986/2995, 2998/3007 y 3010/3013 de los autos principales):

1) algunas personas físicas (vgr. Esteban Antonio Cabrera y Miguel Ángel Wehbi) figuran como integrantes de diversas sociedades;

2) un mismo domicilio (vgr. Lacarra 69, 1° piso "6" y Perón 1593, piso 6° "K") se repetiría como el de varias sociedades diferentes;

3) los objetos sociales de distintas sociedades serían de una heterogeneidad incompatible con el hecho de estar integradas por las mismas personas físicas;

4) gran parte de las sociedades investigadas y/o de sus integrantes no pudieron ser hallados en los domicilios legales o comerciales que se les atribuyen por la documentación secuestrada, los contratos constitutivos o las constancias de inscripción ante la IGJ o la AFIP;

5) la mayoría de las personas jurídicas en cuestión no habrían presentado declaraciones juradas por los impuestos a las ganancias y al valor agregado y por aportes y retenciones al sistema de seguridad social o, si lo hicieron, los montos fueron poco significativos, o bien -en el caso del I.V.A.- arrojaron saldos a favor del contribuyente;

6) no se habría comprobado la legítima impresión de los formularios en los cuales se confeccionaron las facturas que supuestamente habrían emitido las sociedades investigadas y -en consecuencia- la real existencia de las operaciones comerciales reflejadas por aquéllas;

7) se habrían detectado inconsistencias entre el objeto social y la cantidad de personal -en algunos casos inexistente- que tendrían algunas de las sociedades en cuestión y el tipo o la dimensión de las tareas que habrían facturado -en consecuencia- en forma aparentemente ficticia;

8) los objetos sociales de algunas de las personas jurídicas investigadas serían especialmente heterogéneos, lo cual respondería -en principio- a la necesidad de contar con un amplio y ambivalente espectro de actividades disponibles, a los fines de satisfacer los requerimientos de los distintos "usuarios" del servicio por el cual, conforme se expresará por las consideraciones siguientes, las facturas emitidas por las sociedades ficticiamente creadas se habrían utilizado para generar, en la contabilidad de los supuestos "clientes", gastos o créditos fiscales también apócrifos (ver transcripción de conversación mantenida entre Enrique Carlos Real de Azua y una persona de apellido Reyli, obrante a fs. 3541/3545 y 3547 vta./3551 vta. de los autos principales).

7°) Que, con la lectura de los elementos incorporados a este expediente y de la documentación enviada por el juzgado de la instancia anterior, se advierte que el objetivo de la creación meramente formal de las sociedades involucradas habría consistido, "prima facie", en la realización -por parte de aquéllas- de operaciones simuladas de compraventa de bienes y servicios con contribuyentes con actividad real, mediante las cuales estos últimos habrían generado costos o créditos fiscales ficticios y, de este modo, habrían reducido indebidamente la base de cálculo de los tributos a cuyo pago estaban obligados (ver fs.1/7 vta., 586/588, 949/951, 1044, 1059/1098, 1277/1288, 1344, 1730/1740 vta., 1743/1747 vta., 1749/1763 vta. y 2173/2179 vta. de los autos principales).

Las operaciones comerciales simuladas se documentarían en facturas en principio apócrifas, conforme se infiere del análisis de los listados obtenidos de la computadora secuestrada en el domicilio de Guillermo Antonio Aleart (ver fs. 3260/vta. y 4605/4606 y documentación reservada), los cuales detallarían los datos (número de documento, fecha, cliente, importe, N° de CUIT, domicilio y concepto a facturar) inherentes a la "confección" de las mencionadas facturas.

8°) Que, por el estudio del legajo se advierte, con el alcance exigido por el art. 306 del C.P.P.N., la presencia de los elementos que constituyen el tipo objetivo de la asociación ilícita (art. 210 del C.P.).

Si se tiene en consideración que el grupo estaría integrado por más de tres personas y que el desarrollo de la actividad consistente en la creación de sociedades se habría prolongado, por lo menos, durante los años 1996 y 1997 (ver libros de protocolo reservados en secretaría), cabe inferir que estarían dados el requisito de cantidad de personas y el de permanencia que diferencia a los supuestos del tipo penal en estudio de los casos de simple participación en uno o más hechos

ilícitos (confr. CREUS, Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo 2, 2° edición, actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 108).

9°) Que, conforme se indicó por el considerando 7°, las sociedades presuntamente ficticias que habrían sido creadas fueron utilizadas, en principio, para la simulación de operaciones comerciales con contribuyentes cuya existencia no está cuestionada, por medio de las cuales estos últimos habrían reducido indebidamente la base imponible de sus obligaciones tributarias. En este marco, y más allá del estado procesal en que se encuentren las correspondientes causas penales seguidas por delitos de evasión, por la gran cantidad de personas jurídicas que habrían echado mano del "servicio" investigado, se advierte la presencia de la finalidad -exigida por el tipo del art. 210 del C.P.- de cometer "...una pluralidad de planes delictivos, que no se agote en una conducta delictiva determinada..." (confr. Creus, ob. cit., pág. 109).

Cabe recordar que "...la figura penal de la asociación ilícita prevista en el art. 210 del Código Penal, no requiere la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución..." (confr. Fallos 325:2291, disidencia del juez Adolfo Roberto Vázquez) y que el tipo penal mencionado es "...un delito independiente de los delitos que en ejecución de lo pactado, todos o algunos de sus miembros puedan cometer..." (confr. C.N.C.P., sala IV, reg. 3326.4, rta. 26.4.01).

10) Que, por la división de funciones que se advierte a partir de los roles cumplidos por cada uno de los imputados, se encontraría acreditada, "prima facie", la existencia de un acuerdo o pacto entre aquéllos. Por este mismo reparto de tareas, se inferiría -en principio- la presencia de una organización (confr. CREUS, ob. cit., pág. 108).

11) Que, a partir de la lectura de la agenda correspondiente al año 1996 y de la hoja de fax encabezada por la expresión "Treviño; José...", hallados en el domicilio de Guillermo Antonio Aleart (fs. 3260 vta.), se advierte que el nombrado habría estado encargado de dirigir la actuación del grupo, mediante la determinación de cómo se integrarían las distintas sociedades y cuáles serían sus domicilios, muchos de los cuales estarían ligados al imputado mencionado (ver libros de protocolos reservados y fs. 753, 761, 1277/1288, 1353, 1464, 1468, 2730/2732, 2880 y 3150/3152).

Por otro lado, por el análisis de la circunstancia que Aleart no habría sido ajeno al uso -con efectos evasivos de tributos- de facturas apócrifas correspondientes a sociedades que estarían constituidas sólo formalmente pero que, en realidad, no desarrollarían actividades comerciales (ver fs. 1339/vta., 1353 y 2664/2735 y anotaciones efectuadas en la agenda de 1996 que relacionarían a Argengan S.A. y Tess S.A. con sumas de dinero y números de facturas), la conclusión elaborada por el párrafo anterior resultaría corroborada.

En consecuencia, es ajustada a derecho, por el momento, la estimación del juzgado de la instancia anterior por la cual se consideró que Aleart habría sido, en principio, el jefe de la organización. En efecto, el cuadro probatorio sería demostrativo de este aserto, con el alcance probatorio que caracteriza a esta etapa del proceso, si se tienen en consideración las constancias de la agenda de Guillermo Antonio Aleart vinculadas a la atribución de funciones y reparto de dinero y las que dan cuenta del contenido de la computadora secuestrada en el domicilio del nombrado (ver fs. 3260/vta. y 4605/4606 y documentación reservada), mediante las cuales se advierte la presencia de listados con todos los datos (número de documento, fecha, cliente, importe, N° de CUIT, domicilio y concepto a facturar) inherentes a la "confección" de las facturas necesarias para cumplir con el "servicio" prestado por el grupo.

12) Que Enrique Carlos Real de Azúa habría estado encargado, personalmente o por medio de la actividad de sus hijos, de actuar como apoderado en la tramitación de parte de las inscripciones societarias ante los organismos pertinentes (ver fs. 3148/3152, 3154/3156, 3158/3159, 3166/3171, 3176/3178 y libros de protocolo reservados), de contactar la realización de la actividad notarial necesaria y de dar forma a los actos societarios que correspondía protocolizar (ver los libros de protocolo mencionados y fs. 3699/3726 vta.).

Por otro lado, el nombrado no habría sido ajeno al aporte de los domicilios o de los integrantes de las sociedades presuntamente ficticias ya que -además de su vinculación con la oficina de la calle Lacarra 69, piso 1° "6"- varios recibos cuyos membretes tendrían el nombre de la hija de Enrique Carlos Real de Azúa, María Elena Real de Azúa y al domicilio de Perón 1593, 6° "K" fueron hallados

en poder de Aleart -fs. 3260/vta.-. Asimismo, existen conversaciones telefónicas entre Real de Azúa y una persona de nombre "Marcelo" (quien podría ser Marcelo Domínguez -integrante de Kelzúm S.A.-), mediante las cuales se hizo alusión a la constitución de sociedades, a la firma de escrituras y al intercambio de dinero en orden a este "trabajo" (ver libro de protocolo N° 3 de 1996 de la escribana Devoto y fs. 2744/2749, 3533/3536, 3547 vta. y 3552/3553).

No obstante el argumento de la defensa relativo a que los recibos de la abogada María Elena Real de Azúa, hallados en el domicilio de la calle Perón, serían falsos, no es posible -por el momento- desvincular al padre de la nombrada de este domicilio. En efecto, aquella argumentación no es coincidente con la expresada al respecto por Aleart, pues este último manifestó a fs. 4034 que María Elena Real de Azúa le habría facilitado aquella documentación. Por otro lado, la presencia del nombre de la letrada mencionada en la hoja de fax que se secuestró en poder de Aleart, escrito junto a los datos de una parte de los integrantes de las sociedades ficticias, constituiría un indicio de que el uso de los "servicios" de María Elena Real de Azúa podría integrar las maniobras de simulación investigadas.

13) Que la circunstancia de que Enrique Carlos Real de Azúa tuviera en su poder un sello de la escribana María Noel Devoto es, por lo menos, anómala, toda vez que la mencionada escribana expresó que no había extraviado alguno de sus sellos (fs. 2757, 3283/3284 vta. y 3699/3726 vta.). Por esta situación y por la lectura de las transcripciones de las escuchas telefónicas obrantes a fs. 2744/2757, 3531/3553 vta., se encontraría acreditado, "prima facie", que Enrique Carlos Real de Azúa conocería que las sociedades que se creaban eran meramente ficticias y que -en consecuencia- podrían ser utilizadas con fines contrarios al ordenamiento jurídico.

En efecto, mediante las conversaciones transcritas, mantenidas entre diversas personas y una de nombre "Enrique" (nombre de pila de Real de Azúa, a quien pertenece la línea telefónica intervenida), se habría aludido a la entrega de dinero a ciertas personas para que concurren a una escribanía para firmar libros, poderes o estatutos, con la aclaración que aquella escribanía no podría continuar siendo la perteneciente a Devoto, pues esta última -a partir de una inspección- no querría continuar trabajando en el tema de constitución de sociedades. También se habría hecho referencia -en el marco de conversaciones relacionadas con la mencionada actividad- a que la DGI estaría "...embromando..." -sic- con la exigencia que un escribano certificase los domicilios de las personas jurídicas nuevas (fs. 3543). Además, se habría mencionado la inconveniencia de que una sociedad que se tendría la intención de constituir se llamara Tajamar "Agropecuaria", toda vez que "...después para una operación inmobiliaria queda más comprometida..." (fs. 3548), agregándose la necesidad de que el objeto social fuera "amplio" o "ambivalente" (fs. 3542/3543) y constantes referencias a que existirían dudas de a quién "poner" como presidente, ya que debería tratarse de una persona a la cual "...lo llamen y que sepa y pueda responder".

Por el contenido de las conversaciones recordadas por el párrafo anterior, se advierte que estas últimas no serían compatibles con la constitución de una sociedad que está destinada a funcionar realmente pues, si quienes figuran como socios son los auténticos integrantes, carece de sentido tener que pagarles para que firmen documentos notariales relativos al ente, y si la sociedad realmente funciona en su sede, no puede significar un estorbo que la existencia de esta última deba certificarse. Por lo demás, si una persona de existencia ideal tiene verdaderamente la finalidad de ser el marco jurídico de una empresa, no es verosímil que sea necesaria tanta imprecisión acerca de su nombre, de su objeto y, menos aún, de sus integrantes.

14) Que, como consecuencia de lo expresado, lo cual denota que Enrique Carlos Real de Azúa habría tenido un amplio dominio de las diferentes tareas ligadas a la formación de las sociedades, y por el análisis del contenido de la tarjeta personal del nombrado, por la cual el 15 de mayo de 1996 solicitó a la escribana Michanie la certificación de una planilla (ver documentación secuestrada en el domicilio de la mencionada escribana -fs. 3205/vta.-) y de la circunstancia de que la notaria habría cumplido con la "orden" impartida en aquella tarjeta (fs. 3208/3222 vta.), se advierte que Real de Azúa contaba con un amplio poder de actuación en el grupo; por lo tanto, es posible afirmar, en principio, que Enrique Carlos Real de Azúa sería uno de los organizadores de la actividad.

"Organizador no es el que hace las veces de promotor de la asociación ilícita ...", toda vez que "...si en el despliegue de ... las ...conductas una persona tiene un papel preponderante en la conexión de la mayoría de esas tareas, le cabe sin dificultad la condición de organizador,

asimilable a funciones gerenciales en la órbita empresaria ..." (confr. CNFed. C.Corr., sala I, 15/12/92, "Caserta, Mario J" J.A. 1994-I-365, citado por Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal, Parte Especial" -tomo II C-, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, setiembre de 2002, pág. 323).

15) Que el razonamiento de la defensa de Enrique Carlos Real de Azúa por el cual se hace referencia a la existencia de un proyecto legislativo de reformas vinculadas al tipo penal aplicado por el juzgado a quo, no puede prosperar, toda vez que la disposición legal vigente al momento de los hechos era el art. 210 del C.P., y -conforme lo expresado por la presente- sus elementos típicos se encontrarían "prima facie" acreditados por las evidencias incorporadas al legajo.

16) Que el antecedente jurisprudencial citado por la defensa de Enrique Carlos Real de Azúa por el anteuúltimo párrafo de fs. 232 vta. de este incidente no resulta aplicable al "sub lite", pues los supuestos fácticos investigados en cada caso son absolutamente diferentes.

17) Que el argumento expuesto por el señor defensor oficial, relacionado con la ausencia de tipicidad objetiva fundada en que la presunta asociación investigada no habría sido constituida para cometer delitos en materia de evasión tributaria, sino para facilitarlos, no puede tener -por el momento- recepción favorable. En efecto, más allá de la amplitud del concepto normativo de "obligado" que se describe por algunos de los tipos penales de la Ley 24.769 (confr. Título I, capítulo 2 de la Ley 11.683), lo cierto es que la presente investigación no está agotada, razón por la cual no es procedente descartar la posibilidad de que otras personas integren la presunta asociación que constituye el objeto de estos autos. Cabe recordar que Dispro Internacional Inc. S.A. habría celebrado operaciones presuntamente simuladas, no sólo con Decavial S.A. sino también con otras sociedades, cuyos niveles directivos coincidirían con los de esta última (ver fs. 2173/2179 vta.).

Por otra parte, "...son aspectos accidentales del delito de asociación ilícita, el conocimiento personal de sus integrantes entre sí, la existencia de un lugar determinado para operar... y ...el hecho de que sus integrantes sean a su vez autores o partícipes de los delitos inherentes al pacto..." (confr. C 9° Crim. de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R. y otros", L.L. 1999-B-796, citado por Donna, ob. cit., pág. 319; el destacado es de la presente).

18) Que, en principio, el argumento de las defensas de Aleart y Real de Azúa, en el sentido de que cada uno de los imputados trabajaba independientemente de los otros, no puede prosperar. En efecto, algunas sociedades no sólo figuran en la agenda de Aleart, sino que también, o bien se inscribieron en la I.G.J. mediante la actuación de Enrique Carlos Real de Azúa (Argengan S.A. -fs. 3150/3152-), o bien están relacionadas con las escribanas Michanie y Devoto, por haber actuado las nombradas en la protocolización de los contratos constitutivos de las sociedades u otros actos relacionados con éstas (vgr. Bovinar S.A., Consignaciones Agropecuarias S.A. y Tracker's Service S.A.).

19) Que el rol principal de Roberto Félix Ontivero habría estado ligado a reclutar a las personas necesarias para actuar como integrantes de las sociedades creadas por el grupo y a acompañarlas a efectuar los trámites pertinentes en las escribanías intervinientes (ver fs. 3699/3726 vta y 3822/3835).

A lo expresado debe sumarse que, con la lectura de piezas procesales diferentes de la declaración indagatoria del nombrado, se advierte que también habría figurado como presidente de una de las sociedades involucradas (Agrofoinm S.A. -fs. 1353/1354 supra-), que habría cobrado cheques emitidos por Alvarez y Patiño S.A. por pagos correspondientes a operaciones presuntamente simuladas llevadas a cabo con Nordway S.A. (integrada por Ariel Adolfo Ontivero, hermano de Roberto Félix Ontivero -ver libros de protocolo reservados y fs. 2434/24360ù) y que habría tenido como domicilios a los de Libertad 434 ó 436, of. 36 y Lavalle 1459, piso 7° "123", utilizados por una parte de las sociedades que serían ficticias (ver fs. 510, 927, 2421/2422, 2879/2880 y libros de protocolos reservados).

De esta forma, por el desarrollo de toda esa variada actividad, se infiere que resultaría -en principio- ajustado a derecho, asignar el rol de organizador a Roberto Félix Ontivero. Máxime si se tiene en consideración que el mismo domicilio de éste de la calle Gorriti 3705 de esta ciudad, se corresponde con el de una parte de las sociedades (fs. 2432 vta y libros de protocolos reservados) y que habría estado también a cargo del nombrado el retiro -desde la escribanía de Michanie- de

documentación correspondiente a las personas jurídicas cuestionadas (ver fs. 3205/vta., 3819 y documentación reservada).

20) Que el eventual carácter de "empleado" que -a juicio de la defensa de Roberto Félix Ontivero- tendría el nombrado, no sería incompatible con el rol de organizador si se tiene en consideración que el presunto "empleador" (ALEART) ha sido considerado jefe de la asociación.

Por el hecho que Roberto Félix Ontivero habría tenido conocimiento de que los integrantes que reclutaba no tendrían intenciones de dar actividad real alguna a las sociedades que constituían y que en los domicilios que este imputado aportaba (el suyo -por ejemplo-) no se realizaría actividad comercial alguna, se advierte que se encontraría acreditado, "prima facie", que Roberto Félix Ontivero habría conocido e intervenido en la creación de sociedades con la finalidad de utilización de las sociedades con confines contrarios al ordenamiento jurídico.

21) Que, en el marco de la relación profesional existente entre María Noel Devoto y Enrique Carlos Real de Azúa (fs. 2742/2757 y 3537/3538), la cual se encuentra reflejada en el hallazgo en poder de este último de un sello de aquella (fs. 3522), la actividad que la mencionada escribana habría cumplido en la división de tareas de la organización habría estado "prima facie", vinculada con la realización de actuaciones notariales por las cuales se constituyeron parte de las sociedades creadas por el grupo o bien se efectuaron cambios de autoridades, domicilios, denominaciones y objetos societarios, se otorgaron poderes y autorizaciones, se protocolizó la transferencia de clientela y otros bienes, se aumentó el capital de una de las sociedades y se certificaron firmas de los integrantes (ver libros de protocolo correspondientes al registro notarial de la nombrada correspondientes a los años 1996 y 1997, reservados en secretaría).

Cabe recordar que, en muchos de los casos en los cuales Devoto no intervino en la constitución de las sociedades, este acto estuvo a cargo del escribano José Luis de la Torre, a cuya actividad la nombrada no sería ajena, toda vez que se inició con el mencionado notario en la práctica en la materia (ver fs. 2624 y 2646/2647 y libros de protocolo reservados).

22) Que, por la lectura del expediente y de la documentación reservada, en especial de los libros protocolares, se advierte que, "prima facie", Devoto habría actuado, por lo menos, con dolo eventual.

En efecto, no corresponde analizar separadamente, sino de manera conjunta, las diversas anomalías producidas en el marco de las tareas desarrolladas por esta escribana. Los casos en los cuales Devoto habría podido constatar, por el ejercicio de su función, que una misma persona física integraría más de una sociedad, o que diferentes personas jurídicas tendrían el mismo domicilio, no fueron uno solo o aislado, sino varios y numerosos.

Es necesario destacar que, por la lectura de las actas constitutivas de Maltur S.A. y Silecio S.A. llevadas a cabo por Devoto, se advierte que los objetos sociales de estas sociedades son manifiestamente diferentes, toda vez que el de la primera se vincula al comercio de bienes muebles e inmuebles, la actividad relativa a comestibles, el transporte y la construcción, mientras que el de la segunda se relaciona con actividades médicas y hospitalarias. En este marco, la irregularidad se infiere por la circunstancia que, a pesar de aquella disimilitud, una misma persona física (Esteban Antonio Cabrera) sería integrante de ambas sociedades (ver libros de protocolo reservados).

23) Que, por otra parte, el día 21 de octubre de 1997 la escribana Valentina Rebeca Michanie llevó a cabo la constitución de Trizoc S.A., sociedad que está integrada por Esteban Antonio Cabrera y por Miguel Ángel Wehbi. Aquel mismo día, las mismas personas constituyeron Silecio S.A., con la intervención de la escribana Devoto. En este contexto, debe tenerse nuevamente en consideración que -no obstante la identidad de integrantes- existe una manifiesta disimilitud entre los objetos sociales de ambas sociedades. En efecto, el de Trizoc S.A. se refiere a los rubros de "transporte y logística de objetos, mercaderías y personas por todo tipo de medios, incluso respetando la cadena de frío, con constancia o no de recepción. Depósito de mercaderías permanente, temporario o en tránsito. Alquiler de todo tipo de vehículos y máquinas con o sin chofer. Taller mecánico, chapa y pintura. Compra venta de repuestos y accesorios. Comercialización de material eléctrico y telefonía, de todo tipo, su reparación, service, consultoría y asistencia técnica, elaboración y diseño de proyectos, su realización. La actividad inmobiliaria, la compraventa de materiales.

Mandatos y servicios. Importación y exportación.", mientras que el restante se relaciona con actividades médicas y hospitalarias. Ante esta disimilitud, se advierte que la actuación de dos escribanas diferentes en las constituciones simultáneas habría sido -en principio- un mecanismo utilizado por Devoto para evitar que la contradicción surja, de manera evidente, con la simple lectura de un mismo libro de protocolo notarial (ver protocolo 1997 4 de Devoto, folio 706/vta. y 1997 2 de Michanie -folio 188/vta.-).

De esta forma, por el análisis conjunto de todas las anomalías descritas, se infiere que, en principio, Devoto habría conocido, por lo menos, la clara y alta probabilidad que las sociedades en cuya creación estaba interviniendo profesionalmente serían utilizadas con fines ilícitos y, no obstante, habría continuado con su accionar en esas condiciones.

24) Que, por último, los indicios que permitirían relacionar -por el momento- a Susana Cristina Cirigliano con el grupo de personas imputadas en la causa y, en consecuencia, con la organización que integraban, son variados y concordantes. En efecto, de la lectura de los libros de protocolo reservados en secretaría y de fs. 1466, 1523/1527, 2534/2535 vta. y 3297/vta., se advierte que la nombrada, no solamente fue autorizada por la sociedad Carrascosa y Acher S.A. junto a uno de los hijos de Enrique Carlos Real de Azúa y por una escritura pasada ante la escribana Devoto, sino que también fue presidente de Cyberal S.A., sociedad que se constituyó con intervención de la notaría mencionada. Además, el domicilio de Cirigliano coincide con el de una de las sociedades presuntamente ficticias (Gibón S.A., que es distinta de aquella con respecto a cuyo cambio de domicilio la imputada aportó documentación a fs. 3624/3626), integrada por Gustavo Javier Segovia, quien -a su vez- habría formado parte también de otras sociedades cuya existencia sería meramente formal.

Por el análisis de la circunstancia que Cirigliano sería la contadora de Enrique Carlos Real de Azúa (ver declaraciones juradas del nombrado halladas en el domicilio de aquella -fs. 3297/vta.-) y porque esta última habría reconocido expresamente haber efectuado tareas para aquél con relación a varias de las sociedades investigadas en estos autos (ver fs. ver fs. 3623/3668 vta. y 3154/3159) se corroboraría, "prima facie", que la imputada integraba la asociación investigada.

Por lo expresado por los párrafos anteriores, considerado conjuntamente con el hecho que una tarjeta de Cirigliano fue hallada en poder de Roberto Félix Ontivero (ver fs. 3821 y 3829), se demuestra que aquella conocía a los distintos integrantes de la asociación y cuál era la actividad de estos últimos. En este contexto, no es posible -por el momento- sostener que la imputada habría actuado sin dolo con respecto a la existencia del grupo y del presunto fin ilícito de la creación de sociedades, toda vez que al hecho de que Devoto expresó que Cirigliano sería la interesada en alguna de las personas jurídicas constituidas (fs. 3418/vta. y 3722/vta.), y a la irregularidad que significa que varias de las sociedades cuyo domicilio coincide con el de la imputada o con respecto a las cuales Cirigliano efectuó algún tipo de tarea profesional (El Zorzal S.A., Itatú S.A., Kaiten S.A., Gibón S.A.), estén integradas por las mismas personas, se suma la situación -se reitera-, altamente irregular y que carece de explicación, que Real de Azúa tenía en su poder un sello de la escribana Devoto y que Cirigliano se lo solicitó. Cabe recordar que esta última expresó, al prestar declaración indagatoria, que habría solicitado el sello para la colocación de una constancia de copia fiel en un cartel de habilitación municipal, no obstante lo cual, no explicó cómo se lograría la pertinente firma de la escribana (ver fs. 2757, 3120/3121, 3145 y 3665/vta.).

25) Que no es requisito del acuerdo que se exige por el tipo penal del art. 210 del C.P. que exista "...trato directo entre los asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí...". (confr. Creus, ob. cit. págs. 109). Tampoco es necesario que cada miembro integre la asociación durante toda la existencia de esta última, toda vez que no "...se requiere que el grupo se mantenga inmutable, ni que todos sus autores se hayan integrado simultáneamente a la asociación" (confr. C.N.C.P., sala IV, reg. 3326.4, rta. 26.4.01).

26) Que, aun cuando fuese cierto que Devoto y Cirigliano habrían actuado en cumplimiento de la normativa vigente en materia de la actividad notarial y contable, esta situación no es óbice para estimar que las nombradas habrían cometido el hecho ilícito que se les imputa. En efecto, conforme se ha expresado, se encontraría acreditado, "prima facie", que las imputadas habrían conocido que las sociedades serían utilizadas con finalidades ilícitas. Esta advertencia impide

considerar como causal eximente de responsabilidad a la actuación profesional desarrollada sólo formalmente en el marco de la normativa notarial y contable vigente.

Con relación a la participación de la escribana Devoto en los hechos investigados, es útil resaltar que la indagación de los motivos que habrían llevado a los supuestos integrantes o administradores de las sociedades investigadas en esta causa a actuar como lo hicieron, no habría sido necesaria para advertir el propósito ilícito que se habría perseguido con las constituciones societarias, pues los elementos para establecer aquel objetivo surgieron de las diferentes irregularidades reflejadas en las mismas actuaciones notariales descritas por las consideraciones anteriores, por las cuales se examinó la situación de Devoto. Por lo tanto, la escribana, en principio, debería haberse abstenido de contribuir con su función a la presunta maniobra delictiva (confr., en lo pertinente, Reg. 286/97 de esta sala B).

27) Que, por la necesidad de producir alguna medida de prueba y por los eventuales resultados que aquélla podría traer aparejados en el futuro, no se impide adoptar el temperamento que se establece por el art. 306 del ordenamiento adjetivo, pues por aquél se prevé el carácter provisorio, revocable y reformable del auto de procesamiento (art. 311 del C.P.P.N.), precisamente para que el juez pueda meritar aquellas circunstancias futuras en el caso en que se produzcan (confr. Reg. 311/01 de esta sala B).

28) Que, conforme surge de fs. 4699/vta., el planteo de nulidad al cual se hace alusión por los escritos de las defensas de Devoto y Real de Azúa, relacionado -entre otras situaciones- con el hecho de que los nombrados prestaron declaración testimonial en la causa, fue sustanciado por vía incidental, razón por la cual no corresponde su tratamiento por la presente.

29) Que, por la lectura de las constancias obrantes a fs. 741/742, 1339/1340, 1344, 1528, 2069, 2486/2505 y 3498/3500 y de los libros de protocolo reservados en secretaría, se advierte que, por el momento, existiría una situación de duda (art. 3° del C.P.P.N.) para considerar que Esteban Antonio Cabrera estaría incurso en el delito previsto por el art. 210 del C.P.

En efecto, si bien es cierto que el nombrado aparecería como integrante de ocho de las sociedades investigadas (Warlen S.A., Maltur S.A., Buzoc S.A., Dispro Internacional Inc. S.A., Tracker's Service S.A., Silecio S.A., Tizoc S.A. y Ganaderos del Sur S.A.), por el peritaje caligráfico llevado a cabo en estos autos se habría acreditado que no pertenecerían a Cabrera las firmas asentadas en las actuaciones notariales relacionadas con tres de aquellas sociedades (Maltur S.A., Dispro Internacional Inc. S.A. y Silecio S.A.), mientras que con relación a las restantes aún no se contaría con los resultados del estudio pericial ordenado por el juzgado de la instancia anterior.

Aun cuando el nombre de Cabrera figuraría en la reserva de alquiler del domicilio de la calle Libertad 434, piso 6° oficinas 65/66, hallada en poder de Aleart, no existen constancias de que efectivamente aquél haya formado parte de la celebración del contrato de locación definitivo. Tampoco hay elementos para atribuir a Cabrera la escritura del mencionado documento, toda vez que no habría firma alguna de Cabrera en aquél.

En este contexto, más allá de la responsabilidad que pudiera corresponder al nombrado por lo que podrían significar las irregularidades que podría haber cometido al prestar su firma para actos cuyo contenido y finalidad desconocería, por la sola circunstancia que el nombre de Cabrera figure como el de uno de los cobradores de cheques recibidos por los entes presuntamente ficticios por operaciones que serían simuladas, no se encontraría acreditado, por el momento y con el alcance que se exige por el art. 306 del C.P.P.N., que el imputado haya tenido efectiva intervención en los hechos investigados, toda vez que -especialmente a partir del resultado del peritaje caligráfico mencionado- no fue descartada la hipótesis que todas o algunas de las restantes personas integrantes del grupo hayan utilizado el nombre de Cabrera sin su consentimiento.

Por aplicación del art. 3° del C.P.P.N., se advierte la necesidad de interpretar a favor del imputado la situación de duda que, por el cuadro probatorio existente, se infiere con respecto a la existencia de la convicción suficiente que se exige para el dictado del auto de procesamiento; por lo tanto, este último y la prisión preventiva dictada con respecto al mencionado imputado deben ser revocadas.

30) Que, por la lectura del expediente principal y de la documentación reservada, se advierte que, si bien la escribana Valentina Rebeca Michanie -en el contexto de la relación de confianza existente entre la nombrada y Devoto- tuvo intervención en la constitución de Buzoc S.A., Express Business S.A., Trizoc S.A. y Trujuy S.A. y en la protocolización de un cambio de autoridades de Bovinar S.A. (ver libros de protocolo de la mencionada escribana reservados en secretaría), lo habría hecho actuando en reemplazo de Devoto por razones de licencia, enfermedad o exceso de trabajo de esta última (fs. 2568/2569, 2576, 2579/2588, 3208/3222 vta., 3408/3421 vta. y 3699/3726 vta.).

Es útil recordar -con respecto a este punto- que la carpeta identificada con el número 2 (secuestrada en la escribanía de Michanie -fs.. 3205/vta.-), en cuyo interior se halló documentación relacionada con las sociedades investigadas en estos autos, tiene como remitente a "Noel", que es el nombre de pila de Devoto y se refiere a "E. Real de Azúa", quien sería cliente de esta última y no de Michanie, conforme se reconoce por ambas escribanas (ver -asimismo- las agendas secuestradas en poder de Enrique Carlos Real de Azúa, reservadas en secretaría, en las cuales aparecen reiteradas menciones a la escribana María Noel Devoto). Cabe resaltar que dentro de la mencionada carpeta obra una hoja encabezada con la inscripción "Precios p/Real de Azúa", situación que demuestra que hasta en los importes a facturar, la escribana Michanie seguía las sugerencias de la colega a la cual reemplazaba.

31) Que, por otro lado, aún cuando fuese cierto que Michanie habría cobrado honorarios por actuaciones profesionales relacionadas con Bovinar S.A., Trujuy S.A., Abastecedores Ganaderos S.A. y por la rúbrica de libros y el otorgamiento de poder con respecto a Buzoc S.A. (facturas Nos. 18, 17, 15, 299 y 303 emitidas por Michanie), también es cierto que no lo hizo -conforme surge de las facturas N° 218, 263, 287- por la constitución de Express Business S.A., Trizoc S.A. y Buzoc S.A. y por la certificación de dos firmas de esta última.

32) Que, en concordancia con lo expresado por los considerandos anteriores, la investigación relativa a si en la época en la cual Michanie alquiló la oficina de la calle Libertad 434, 3° "36" de esta ciudad, esta última estaba, o no, conectada internamente con la N° 35, debe ser profundizada. En efecto, si bien en el mes de octubre de este año, el juez "a quo" constató que aquella conexión existiría, lo cierto es que el dueño del lugar, mediante la declaración testifical de fs. 3876/3878, expresó que la mencionada comunicación fue abierta por los actuales inquilinos después que Michanie abandonó la oficina N° 36.

Cabe recalcar que esta última versión fue corroborada por la prueba aportada por la defensa de la escribana a fs. 4640/4644 vta. y que MICHANIE habría alquilado la oficina entre setiembre de 1998 y setiembre de 2000 (ver fs. 3440/3441 vta.), mientras que las escrituras cuestionadas se llevaron a cabo en los años 1996 y 1997.

33) Que, en consecuencia, más allá de la responsabilidad que pudiera corresponder a Michanie por lo que podrían significar las irregularidades que la nombrada podría haber cometido en el ejercicio de su profesión y que son detalladas por la resolución apelada, lo cierto es que existiría, por el momento, una situación de duda (art. 3° del C.P.P.N.) en cuanto a si Michanie habría formado parte de la asociación ilícita cuya existencia se investiga, o si la actividad de la nombrada se habría limitado a "...prestarle (a la asociación ilícita) ayuda o auxilio sin voluntad de unirse a ella..." (confr. Creus, ob. cit., pág. 109) toda vez que, en principio, sólo habría intervenido como colaboradora de Devoto, a la cual reemplazaba ocasionalmente en el marco de la relación de amistad y confianza que unía a ambas notarias.

Por aplicación del art. 3° del C.P.P.N., por el momento, se advierte la necesidad de interpretar a favor de la imputada la situación de duda que, por el cuadro probatorio existente, se infiere con respecto a la existencia de la convicción suficiente que se exige para el dictado de la resolución apelada.

En consecuencia, también por el momento, no se encontrarían reunidos con respecto a Michanie los extremos que se exigen por el art. 306 del C.P.P.N., acerca de que la nombrada haya integrado la asociación ilícita (confr. Creus, ob. cit., pág. 109), razón por la cual el auto de procesamiento dictado con respecto a la escribana mencionada debe ser revocado.

34) Que, mediante resoluciones dictadas en el día de la fecha, se confirmaron los pronunciamientos de la instancia anterior, por los cuales se denegaron los pedidos de excarcelación de Enrique Carlos Real de Azúa (causa N° 51.032), Susana Cristina Cirigliano (causa N° 51.126) y Roberto Félix Ontivero (causa N° 51.111). En consecuencia, por los fundamentos expresados en aquellas oportunidades, a los cuales corresponde remitir por razones de brevedad, corresponde confirmar las medidas de cautela personal que son parte de la resolución que es materia de este incidente.

35) Que, por lo dispuesto por el art. 26 del C.P., en función del mínimo de la escala penal que se prescribe por el párrafo segundo del art. 210 del C.P. para los jefes de la asociación a la cual se alude por el primer párrafo del mencionado artículo (cinco años), se advierte que -en principio- no procedería en estos autos, de recaer condena respecto de Guillermo Antonio Aleart, que aquélla sea de ejecución condicional.

En este contexto, esta sala ha expresado que cuando se constituye la situación contemplada por el inc. 1°) del art. 312 del C.P.P.N., se impone al juzgador el deber de disponer el encarcelamiento preventivo del procesado, por mediar la presunción legal que, en aquella condición, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones (confr. Regs. 358/99 y 444/03).

Como consecuencia de lo expresado por el párrafo anterior, resulta procedente el encarcelamiento preventivo de Aleart.

36) Que, con respecto al monto de los embargos decretados por el juzgado de la instancia anterior, no se demuestra, ni las defensas indican, la concreta improcedencia del monto fijado por la resolución apelada en procura de garantizar las eventuales y diversas obligaciones que se imponen por el art. 518 del C.P.P.N. (confr. Reg. 266/03 de esta sala B).

En efecto, por la disposición legal citada se prescribe que las pautas para la fijación del monto del embargo son la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas, razón por la cual -si se tiene en consideración que la responsabilidad de aquella naturaleza por los hechos ilícitos es solidaria con relación a todos los sujetos activos (arts. 699 y sigtes. y 1081 del Código Civil), el argumento por el cual la defensa de Cirigliano pretende una reducción del monto de la medida de cautela real, en razón del grado de intervención de la nombrada, no puede prosperar.

En este contexto, y si se tiene en consideración el monto de la presunta evasión que se habría detectado con relación a Decavial S.A. (al cual se alude por el memorial de la defensa de Devoto) y que las sociedades presuntamente ficticias habrían sido utilizadas también por otros contribuyentes en detrimento -en principio- de los ingresos fiscales, el "quantum" del embargo no resulta desproporcionado.

37) Que, por la lectura de los libros de protocolo reservados en secretaría, se advertiría que el escribano José Luis de la Torre habría tenido intervención en diversas actuaciones notariales vinculadas a una parte de las sociedades investigadas (vgr. Vacunsur S.A., Ganadera Platense S.A., Produbai S.A., Abambae S.A., Frisur S.A., Ganados y Cereales S.A., Gibón S.A., Pehuenches S.A. y Estansur S.A.) y que Leopoldo Gabriel Real de Azúa habría sido designado como apoderado o autorizado de algunas de aquéllas personas jurídicas (Produbai S.A., Carrascosa y Acher S.A., Gibón S.A., Pehuenches S.A. y Campolonghi Distribuidora S.A.).

Por otro lado, por el análisis de fs. 3148/3152, 3154/ 3155, 3158/3159, 3161/3163, 3167/3169, 3171vta., 3176/3177, 3183 vta., se advierte que Leopoldo Gabriel Real de Azúa habría tenido relación con Sísifo S.A., Argengan S.A., El Zorzal S.A., Eluney S.A., Kaiten S.A., Agrifoim S.A., Bentley S.A., Manday S.A. Tess S.A. Itatú S.A. y Baigan S.A. Con relación a estas tres últimas, también habría actuado como escribano José Luis de la Torre y en Agrofoim S.A., Enrique Rodolfo Real de Azúa habría sido autorizado.

En consecuencia, por lo expresado por los párrafos anteriores y en atención a lo manifestado por el considerando 12 de la presente, corresponde que el juzgado de la instancia anterior arbitre los medios para escuchar a José Luis de la Torre, Leopoldo Gabriel Real de Azúa, Enrique Rodolfo Real de Azúa y María Elena Real de Azúa en los términos que se prescriben por el art. 294 del C.P.P.N.

Por ello, se resuelve: I) Rechazar los planteos de nulidad efectuados a fs. 184/199, 209/239, punto b) y 263/283 de esta incidencia. II) Confirmar los puntos I a X, XII, XVI a XVIII de la resolución de fs. 3889/4006 de los autos principales. III) Revocar los puntos XIII, XV y XIX a XXI de la resolución de fs. 3889/4006 de los autos principales. IV) Ordenar la inmediata libertad de Esteban Antonio Cabrera, medida que, con los recaudos legales, deberá ser efectivizada por el tribunal de grado anterior. V) Con costas con relación a Guillermo Antonio Aleart, Enrique Carlos Real de Azúa, Roberto Félix Ontivero, María Noel Devoto y Susana Cristina Cirigliano (arts. 529 y ccdantes del C.P.P.N.) VI) Sin costas con relación a Valentina Rebeca Michanie y Esteban Antonio Cabrera (arts. 529 y ccdantes del C.P.P.N.). El Dr. Roberto Enrique Hornos no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). - Carlos A. Pizzatelli. - Marcos A. Grabivker