

El Dr. *Roberto Enrique Hornos* no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Firmado:

Carlos Pizzatelli — Marcos A. Grabivker

Juez de Cámara.

NOTA A FALLO

Por **Diego H. Moretti**

No deja de preocuparnos por cuanto vemos el tratamiento que se le da a la participación notarial sobre el accionar de las sociedades. Para entender el peligro que se cierne sobre el tema no hay que aplicarle a su estudio teoría pura, sino hacer alusión a la habitualidad de la práctica notarial.

Nunca, o difícilmente, veremos a un notario participar en los “movimientos de facturación” de una sociedad. El notario llega hasta el punto de la documentación habilitante como extremo: libros de actas para la acreditación del órgano administrativo, decisiones asamblearias, su estatuto, etcétera.

Entendemos que un notario no accede a la etapa “comercial” de la sociedad. Su tarea termina en el momento de la constitución. Se deberá demostrar, entonces, de manera acabada, que el notario “**tenía el conocimiento**” de la maniobra tributaria. Sin la demostración de dicho conocimiento no creemos que el tipo penal pueda extenderse al notario que participa en la constitución societaria.

Abordemos el tema de la habitualidad de los rogantes. Es común que un escribano, por su actividad fedataria, durante el transcurso de su actividad aglomere rogantes habituales que, por una razón u otra, lo eligen como su notario de confianza. Que el día de mañana estas personas lleven adelante un ilícito es un hecho eventual que no necesariamente involucra a aquél por conocimiento de la maniobra.

Este simple hecho de que rogantes habituales efectúen maniobras con sociedades constituidas por su escribano de cabecera no es, en sí mismo, una presunción de que el notario haya estado al frente o participado de la eventual defraudación.

El notario, al constituir una sociedad, confeccionará los formularios, recopilará información proveída generalmente por un contador público o alguien de la sociedad, redactará el estatuto en los lineamientos básicos que le darán los rogantes y culminará inscribiendo él, su gestor, o quien fuere, la sociedad. Se rubricarán los libros, etcétera. Si a un notario, su contador mañana lo llama para decirle que va a constituir cinco o seis sociedades para unas personas, más allá de este fallo, no encontramos ningún punto de sospecha que pueda indicarle que terminará procesado por asociación ilícita.

Veamos el razonamiento siguiente: “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 I. G. J. y la A. F. I. P., **no existirían más que formalmente**, pues no habrían tenido alguna actividad real comprobada” (el resaltado nos pertenece).

Entendemos que la actividad comprobada no es necesaria como punto autónomo. Obviamente, sí lo es emitir facturación no respaldada, pero el hecho descrito en este punto no infiere maniobra por tipo penal. Sociedad, constituida, inscripta en IGJ y AFIP, sin actividad.

Estudiemos los puntos nexos entre la actividad notarial que detalla el fallo:

Punto “22º) Que, por la lectura del expediente y de la documentación reservada, en especial de los libros protocolares, se advierte que, ‘prima facie’, MND habría actuado, por lo menos, con dolo eventual”.

Puede haber dolo eventual en el tipo de asociación ilícita, o sea, actuó a sabiendas de que algo podría estar ocurriendo.

Continuemos con este punto 22.

“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 MND 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” (el resaltado nos pertenece).

“Es necesario destacar que, por la lectura de las actas constitutivas de MALTUR S. A. y SILECIO S. A. llevadas a cabo por MND, 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)” (el resaltado nos pertenece).

No creemos que haya verosimilitud con el tipo penal porque “[...] **una misma persona física integraría más de una sociedad, o que diferentes personas jurídicas tendrían el mismo domicilio** [...]”. Por otra parte, objetos sociales diferentes con los mismos integrantes no hacen tampoco al delito.

La constatación de facturas apócrifas sí hacen al delito en el hecho de eventual evasión, pero no todas estas circunstancias que de no existir aquellas pueden ser establecidas en un ámbito normal de un grupo empresario.

Sigue el punto “23º) Que, por otra parte, el día 21 de octubre de 1997 la escribana VRM 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 MND. En este contexto, debe tenerse nuevamente en consideración que –no obstante la identidad de integrantes– existe una manifies-

ta 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 compra-venta 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 MND 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 MND, folio 706/vta. y 1997 2 de VRM –folio 188/vta.–).

“De esta forma, por el análisis conjunto de todas las anomalías descriptas, se infiere que, en principio, MND 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”.

Volvemos a inferir un “supuesto conocimiento de maniobras ilícitas” ante la constitución de varias sociedades por personas similares.

Punto “26º) [...] conforme se ha expresado, se encontraría acreditado, ‘prima facie’, que las imputadas habrían conocido que las sociedades serían utilizadas con finalidades ilícitas [...]”.

Sigue el punto 26: “Con relación a la participación de la escribana MND 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 descriptas por las consideraciones anteriores, por las cuales se examinó la situación de MND. 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 Sala ‘B’)”.

Si el accionar de la escribana buscaba un fin en la operación de las sociedades y la evasión, entendemos que no hubiera actuado en la constitución de todas y cada una, sino por el mero hecho del beneficio económico. En síntesis, si la ganancia de la escribana se basaba en el accionar y facturación de las sociedades, no hubiera intervenido en las constituciones, lo que “demostraría su desconocimiento”.

Volvamos al punto 13. “[...] En efecto, mediante las conversaciones transcritas, mantenidas entre diversas personas y una de nombre ‘Enrique’ (nom-

bre 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 MND, pues esta última –a partir de una inspección– no querría continuar trabajando en el tema de constitución de sociedades [...]**” (el resaltado nos pertenece).

Aquí, directamente y por comprobación bajo escuchas telefónicas, se vincula y comprueba la intención de “abstención” de la escribana en la continuidad de trabajo con los imputados.

¿Podría una escribana, conociendo el nivel de “persecución” tributaria de que son víctimas las S. A. en nuestro país, integrar una asociación ilícita para evadir impuestos mediante facturas, a través de la creación de varias S. A.? Entendemos que no alega su torpeza, sino su desconocimiento del accionar. A nuestro criterio se está echando mano de la nueva “ola” de asignar la figura de asociación ilícita en los supuestos “casos de evasión tributaria” con medidas lamentablemente “ejemplares”, repudiadas por la doctrina penal.

Creemos que debemos hacer hincapié en el “abc” del derecho penal, en poner de manifiesto y claramente los nexos que unen a la persona con el hecho ilícito y, finalmente, con el tipo penal. Las cazas de brujas siempre terminaron mal.

NOTA A FALLO

Por **Gustavo Romano Duffau**

Conforme el ordenamiento procesal vigente, el juez dispone la convocatoria a rendir declaración indagatoria, cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito –ver artículo 294 del C. P. P.–.

Asimismo, una vez indagado el imputado, el juez podrá ordenar su procesamiento siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste –ver artículo 306 del C. P. P.–.

El auto de procesamiento es dispuesto por auto que debe contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado o aquellos que sirvan para identificarlo, una somera enunciación de los hechos que se le atribuyen y de los motivos en que la decisión se funda, y la calificación legal del delito, con cita de las disposiciones aplicables –ver artículo 308 del C. P. P.–.

El procesamiento es un auto de cautela personal y real que no causa estado, revocable, aun de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del proceso anterior al debate.

Por otra parte, en materia de nulidades, generalmente, ha de estarse a una interpretación de aquéllas de manera restrictiva, debiendo acreditarse la viola-