

Análisis y comentario de la ley 26063, impulsada por el Poder Ejecutivo de la Nación con el fin de combatir la morosidad y la evasión en materia de seguridad social*.

* Matías Cúneo Libarona, docente "Derecho Penal Económico Empresarial", Universidad de Palermo.

La ley N° 26.063, sancionada el día 9 de noviembre de 2005 y promulgada parcialmente con fecha 6 de diciembre pasado, viene a nutrir a la Administración Federal de Ingresos Públicos de herramientas adicionales para intentar disminuir la morosidad y la evasión en materia de Seguridad Social.

El objeto general del legislador no es otro que el de combatir el empleo no registrado y la remuneración encubierta. Este nuevo marco legal amplía las facultades de la Administración Federal de Ingresos Públicos en cuanto a la determinación de deuda de oficio cuando los contribuyentes no hayan presentado declaraciones juradas determinativas o resulten impugnables las acompañadas.

La nueva ley tiende a erradicar el fraude, lograr el efectivo ingreso de los aportes y contribuciones de los dependientes y proteger el acceso a la cobertura de las prestaciones de naturaleza provisional por parte de los asociados a una supuesta Cooperativa de Trabajo.

Su artículo 13 (Título IV –Agentes de información, de retención y percepción de los recursos de la seguridad social. Sanciones), sustituye el artículo 9° de la ley 24.769 -B.O. 13/1/1997- y sus modificaciones (el cual sólo alude al agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional y a un monto de cinco mil pesos, por cada período, como condición objetiva de punibilidad), por un texto más amplio y compuesto, el cual corresponde analizar. Así, la acción típica se encuentra determinada (primer párrafo) por la falta de depósito –total o parcial-, en la institución correspondiente, de las sumas de dinero retenidas a sus dependientes en concepto de aportes, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, siempre que superen los diez mil pesos por cada mes –condición objetiva de punibilidad- o (segundo párrafo) por la falta de depósito –total o parcial-, en la institución correspondiente, de las sumas de dinero retenidas o percibidas, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, siempre que superen los diez mil pesos por cada mes –condición objetiva de punibilidad-.

Como vemos, se trata de una actividad omisiva, cuyo presupuesto básico radica en que la retención y/o percepción, según el caso, se haya realizado efectivamente. Nos encontramos, pues, ante una conducta delictiva de omisión propia, por cuanto no se estaría ejecutando una acción reclamada expresamente por la norma, es decir tipificada de manera expresa por el legislador como forma omisiva

En concreto, la ley impone "realizar los aportes previsionales"; en consecuencia, para cometer el delito hay que omitir la conducta ordenada, es decir el omitir el mandato legal. Sin embargo, es menester tener en claro que la omisión a la que se hace referencia debe ser dolosa, con conocimiento y voluntad de "no hacer".

En esta materia no basta la mera comprobación de la situación objetiva en que se encuentra el empleador (primer párrafo) o el agente de retención o percepción de los recursos de la Seguridad Social (segundo párrafo), sino que deviene inexorable, para la configuración del delito, la concurrencia del elemento subjetivo (aspecto cognitivo y volitivo del dolo). Recordemos, pues, que el dolo implica querer la realización de los elementos del tipo penal que, en el caso, uno de ellos es "no depositar". Por lo tanto, habrá dolo siempre que se haya querido no depositar, aunque para ello se necesita previamente de la capacidad material de cumplimiento.

Nos encontramos, pues, en presencia de una ley que en su artículo 13 amplía las modalidades típicas omisivas (no depositar aportes retenidos a dependientes –primer párrafo- y no depositar importes retenidos o percibidos en concepto de recursos de la Seguridad Social –segundo párrafo-), aumenta el monto establecido como condición objetiva de punibilidad (diez mil pesos por cada mes –ambos párrafos-) y aumenta también la cantidad de posibles autores (“el empleador” –primer párrafo- y el agente de retención y percepción de los recursos de la Seguridad Social –en el segundo párrafo-) en comparación con aquel supuesto de hecho descrito en el artículo 9 de la ley 24.769 (a- no depositar importes retenidos del sistema de seguridad social nacional, b- cinco mil pesos por cada período y c- el agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional, respectivamente). Sin embargo, las penas de prisión se mantienen inalterables, de dos a seis años, lo cual implica suponer, conforme el criterio tradicional en la materia, que resultan excarcelables, haciendo posible que el imputado transite en libertad mientras se procede a realizar la investigación correspondiente. Si bien el tema se presta para su profundización, considero que escapa a los fines de este trabajo.