



Causa FRO 25651/2019 “Club Atlético Unión sobre infracción ley 24.769”

FISCAL FEDERAL SOLICITA SE DICTE AUTO DE PROCESAMIENTO

Señor Juez Federal:

Jorge Gustavo Onel, titular de la Fiscalía Federal 1 de Santa Fe, en esta causa FRO 25651/2019, al señor juez digo:

Que habiendo procedido al análisis de las constancias de la presente causa, vengo por el presente a solicitar se dicte auto de procesamiento respecto del señor **Luis Jorge Spahn**, D.N.I. Nro. 14.113.633, en orden al delito por el que fuera indagado con fecha 9 de octubre del corriente (fs. 129/130), en virtud de encontrar reunidos los extremos previstos en el art. 306 CPPN, y en razón de las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente se expondrán.

Ello, habida cuenta que la cuestión de competencia en razón del turno oportunamente planteada se encuentra resuelta (v. fs. 9/10, y 11), y aún en caso de no estarlo, no se verían afectados principios constitucionales relativos a la regular sustanciación del proceso, en tanto se trató de una cuestión de turno sin afectación al contenido del principio de actuación del “juez natural” de la causa.

I.- Declaración indagatoria:

Oportunamente, a partir del análisis de la causa y de la documental aportada por AFIP-DGI e incorporada al expediente, esta representación del Ministerio Público Fiscal encontró verificado la existencia de un estado de sospecha suficiente respecto del nombrado Luis Jorge Spahn, a quien se le imputó, en su carácter de presidente de la asociación Club Atlético Unión, haberse apropiado indebidamente de tributos nacionales en su carácter de agente de retención o percepción (art. 4 del título IX de la ley 27.430), superando en los períodos atribuidos, la condición objetiva de punibilidad establecida por la norma vigente al momento de comisión de los hechos. En concreto, se tuvo por acreditado con el alcance señalado, que el nombrado omitió depositar retenciones practicadas en el

Impuesto a las Ganancias dentro de los 30 días corridos de vencido el plazo de pago que establece la ley. El análisis de la información relevada, incorporada a la causa, permitió concluir que el contribuyente tuvo disponibilidad de fondos suficientes para hacer frente a sus compromisos como agente de retención, y no los depositó tal como estaba obligado. Las sumas no depositadas se corresponden con los montos y períodos que a continuación se detallan: 01/2018 por \$168.970,59; 02/2018 por \$101.035,52; 03/2018 por \$110.232,17; 04/2018 por \$117.184,28; 07/2018 por \$115.191,95; 08/2018 por \$152.896,43; 09/2018 por \$132.819,71; 10/2018 por \$141.355,07; 11/2018 por \$143.078,94; 12/2018 por \$145.673,38; 01/2019 por \$618.574,40. El perjuicio total ocasionado al erario público ascendió a la suma de \$1.947.012,44.

El tipo penal mencionado, establece que “*.... será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los treinta (30) días corridos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado, superare la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada mes*”.

De otra parte, cabe mencionar que si bien está acreditado en la causa que la deuda reclamada se encuentra cancelada (v. fs. 02 y 111/118), lo cierto es que dicha cancelación ocurrió luego de transcurridos 30 días del vencimiento yde conformidad con lo establecido por el art. 16 del título IX de la ley 27.430, el delito perseguido no encuadra dentro de los tipos delictuales que están alcanzados por el beneficio establecido (arts. 1°, 2°, 3°, 5° y 6°) para que el instituto de extinción de la acción penal proceda.

Al momento de prestar declaración indagatoria, el nombrado Spahn refirió que “*...desconozco la situación de la cancelación de esas obligaciones, que esos temas los trata la tesorería del club y que es de conocimiento*



Causa FRO 25651/2019 “Club Atlético Unión sobre infracción ley 24.769”

en las reuniones de la comisión directiva, la información que tengo en mi poder es una consulta que hice a la tesorería y pregunte si había deudas por retenciones que debíamos, en virtud a la información periodística, me informaron que no había deudas de retenciones en los períodos señalados en particular en el 2018. Me dijeron de la tesorería que esas sumas están canceladas. Esta consulta la realicé en junio de este año, por lo tanto, rechazo la imputación de que el club Atlético Unión tenga retenidos esos montos”.

II.- Valoración probatoria:

La prueba de cargo recogida hasta el momento, y que en mi opinión justifica el dictado del decisorio que aquí se solicita, está constituida, en lo sustancial, por los siguientes elementos de juicio.

En primer lugar, obra la **denuncia de la Sección Penal Tributaria de la AFIP obrante a fs. 01/05, y documental acompañada**, de la que surgen los extremos atribuidos, y también la circunstancia de que el total de ventas informada al año 2018 ascendió a la suma de \$14.013.409,87 y en los meses de enero a marzo de 2019 a la suma de \$692.451,90, mientras que las compras informadas al año 2018 ascendió a \$39.505.242,29 y entre enero y marzo del corriente, a la suma de \$14.872.847,02. De dicha presentación, asimismo, se desprende que “...la contribuyente registra incrementos patrimoniales los que aparecen declarados en sus Anexos de Bienes de Uso y Bienes Intangibles. Registra acreditaciones relevantes durante el período analizado según surge de las acreditaciones bancarias consultadas, habiendo declarado al mes de junio de 2018 saldos en el rubro Caja y Bancos y Créditos mayores a los declarados al cierre del ejercicio anterior”. Estos extremos que evidencian que el contribuyente “...tuvo disponibilidad de fondos para hacer frente a sus obligaciones como agente de retención pero utilizó los mismos con otros fines, es decir que decidió utilizar

fondos que pertenecían al Estado Nacional para afrontar compromisos propios de la institución; en otras palabras, financió el desarrollo de la actividad propia con fondos que no le pertenecían, en desmedro de la hacienda pública” (fs. 2 vta.).

Asimismo, obra **estado de situación de deuda del contribuyente y ejercicio económico iniciado el 1/7/2017 y finalizado el 30/6/2018** (fs. 14/105), y también informe de la Inspección General de Personas Jurídicas (fs. 119/122), del que surge que el nombrado es presidente de la entidad desde el 6/6/2016 por el término de 36 meses, es decir, con mandato vigente a la fecha de los hechos imputados.

De otra parte, a fs. 132/151 **obra copia del estatuto de la entidad**, del que surge que la dirección, representación y administración del club es ejercida por una comisión directiva de la que es cabeza el presidente (art. 50) con facultades se solicitar sesión extraordinaria de la comisión directiva (art. 54), quien además tiene entre sus funciones representar al club en todos sus actos y suscribir – conjuntamente con el secretario general y/o el tesorero los contratos, libros, documentos, balances, etc. (art. 59). Nótese que el tesorero, tiene por función “*asistir al presidente y a la comisión directiva en la tramitación estudio, resolución y ejecución de los asuntos relativos a la gestión económico financiera de la institución*”, lo que evidencia que su actuación no resulta autónoma, sino que por el contrario resulta auxiliar a la del presidente.

Finalmente, también fue recibido a partir de la información requerida por esta Fiscalía Federal al organismo recaudador, detalle de las intimaciones realizadas a la entidad (fs. 152/210), del que surge que efectivamente en su oportunidad se remitieron notificaciones de pago (F744) correspondientes a los períodos 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09, 10 y 12 de 2018 y 01 2019, las que fueron diligenciadas al domicilio fiscal declarado del Club Atlético Unión sito en Av. López y Planes 3553 de esta ciudad, de acuerdo con la normativa vigente.



Causa FRO 25651/2019 “Club Atlético Unión sobre infracción ley 24.769”

Sentado cuanto precede, esta Fiscalía Federal entiende, tal como ya fuera adelantado, que existen suficientes elementos de juicio para decretar el procesamiento de Luis Jorge Spahn, en orden al delito por que fuera indagado.

En efecto.

Por un lado, no puede soslayarse que **respecto de la exclusión del delito de apropiación indebida de tributos del beneficio de extinción de la acción penal por pago establecido en el art. 16 del citado cuerpo legal**, se ha sostenido que “*...la distinción efectuada por el art. 16 del Régimen Penal Tributario establecido por el art. 279 de la ley 27.430 en el sentido que el régimen de exención de responsabilidad allí previsto sólo resulta aplicable a algunos de los delitos previstos por aquel régimen y no a otros, como es el caso de la apropiación indebida de tributos que se discute en este caso, no resulta arbitraria. (...)* **encontraría fundamento en la característica del tributo no ingresado, que en esos casos no le pertenece a quien tiene la obligación de depositarlo, por haber sido designado agente de retención o de percepción por la ley.** En efecto, debe destacarse la calidad de los agentes mencionados y la importancia del rol que aquellos tienen en el sistema tributario. Corresponde expresar que por el capítulo II de la ley 11.683 se efectúa una distinción entre los responsables por deuda propia – los contribuyentes, sus herederos y legatarios-, y los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, entre los cuales se encuentran los agentes de retención y percepción de tributos, quienes asumen un rol de destacada importancia, pues “*...reemplaza(n) íntegramente al deudor como sujeto pasivo y libera(n) a éste de la obligación; de modo tal que si distrae los fondos en beneficio propio, sin ingresarlos al fisco, éste no puede formular reclamo alguno contra el deudor, pues*

quedó liberado al sufrir la amputación patrimonial impuesta por la ley... ”¹(énfasis agregado).

En igual sentido, se ha afirmado que “*...la extinción de la acción penal por pago prevista por el art. 16 incorporado al referido art. 279 de la ley 27.430 sólo se encuentra contemplada para los delitos tipificados pro los artículos 1°, 2°, 3°, 5° y 6° de la referida norma, no resultando aquélla aplicable en autos en función de la calificación legal que recibieron provisoriamente los hechos en cuestión, que en el marco de la nueva ley se encontrarían subsumidos en el antes referido art. 7°”².*

Por otra parte, **en cuanto a la responsabilidad penal del presidente**, cabe puntualizar que el art. 13 del art. 279, título IX del Régimen Penal Tributario establecido en la ley 27.430, primer párrafo, establece que “*Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz*”.

Es sabido que, y aunque resulte redundante, cuando se hace referencia a una persona de existencia ideal, éstas no actúan por sí, sino que son sus

¹Confr.GiulianiFonrouge, Carlos María; Navarrine, Susana Camila, Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social, 11° edición, AbeledoPerrot, 2010, pág. 199 / Incidente de extinción de la acción penal en Causa CPE 1826/2016 caratulada: “Globoaves Argentina S.A. sobre infracción ley 24.769”. J.N.P.E. N° 1 Sec. nro. 2. Causa N° CPE 1826/2016/1/CA2 Orden N° 28.855. Sala “B”.

²Incidente de falta de acción en Causa CPE 568/2016 caratulada: “Niro Construcciones S.A.; Niro, Lucio sobre infracción ley 24.769 (art. 9)”, Tribunal Oral Penal Económico N°1 Causa CPE 568/2016/TO1/8.



Causa FRO 25651/2019 “Club Atlético Unión sobre infracción ley 24.769”

representantes quienes lo hacen en su nombre y representación. En el inciso “d” del artículo 6º de la ley 11.683 -Ley de procedimientos fiscales-, se indica a los “*los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades, asociaciones, entidades, empresas y patrimonios a que se refieren los incisos b) y c) del artículo 5º*”, como responsables del cumplimiento de la deuda ajena, y están obligados frente al fisco bajo pena de sanciones previstas en el citado cuerpo legal.

La intervención a la que se hace referencia aparece verificada en este caso no sólo por las constancias obrantes en la causa obtenidas a través del sitio web oficial de la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Santa Fe (v. fs. 119/122), sino también por la documentación aportada por AFIP-DGI suscripta por el sindicado Luis Jorge Spahn (v. fs. 18, 50/62), y por las responsabilidades establecidas en el estatuto del club (v. fs. 142/144), tal y como fuera relacionado en párrafos precedentes, todo lo cual da cuenta de que el sindicado era la máxima autoridad en el período en el que los hechos aquí endilgados sucedieron y que en tal carácter, no resulta plausible sostener que no hubiera tenido conocimiento efectivo de la comisión del hecho punible. Es que, en tal sentido, y si lo anterior no resultase suficiente a tal efecto, quien figura en las bases del organismo recaudador como Administrador de relaciones de Clave Fiscal, es el sindicado Luis Jorge Spahn (v. fs. 18), lo que implica, que en su carácter de representante legal de Club Atlético Unión, tiene las atribuciones conferidas por la normativa vigente (Resolución General AFIP 3713 y modificaciones introducidas por la Resolución General 4368/2018), para utilizar y/o interactuar con su clave fiscal con los servicios informáticos habilitados por AFIP-DGI y en representación de la asociación que representa.

En esa línea de razonamiento, la Fiscalía considera que **no resulta atendible el intento del imputado Spahn, de desligar su responsabilidad**

en el tesorero de la entidad. Corresponde en punto a ello, traer a colación el consolidado criterio jurisprudencial que se yergue contra tal intento. Así, se ha afirmado que “...no puede tener recepción favorable el agravio consistente en la falta de intervención del imputado en los hechos que se le atribuyen como autor del delito previsto por el Art. 1 de la ley 24769 por haber presuntamente evadido el Impuesto a las Ganancias correspondiente a dos ejercicios fiscales, pues no resulta verosímil considerar que aquél, durante el período en el cual se desempeñó como socio gerente de la sociedad de responsabilidad limitada, haya desconocido el manejo contable de la sociedad que presidía, sin perjuicio que haya estado principalmente ligado a la dirección comercial de aquella sociedad - como invocó en su defensa -, pues por las declaraciones testificales recabadas se encontraría acreditado que era él quien dirigía y tomaba las decisiones en la empresa, y no resulta verosímil que quien se desempeña como presidente de una sociedad y se beneficia directamente del resultado comercial de la misma, se haya mantenido ajeno a aquellas cuestiones y la circunstancia de que ciertas tareas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias o contables puedan haber sido delegadas operativamente no implica "per se" la exclusión de responsabilidad de quien ostenta un cargo directivo”³. Asimismo, vale mencionar que “...si bien es cierto que el sólo desempeño del cargo no es comprobación suficiente de la participación del imputado en el hecho, en el caso no se encuentra controvertido que éste era el presidente del directorio de la sociedad cuyas obligaciones tributarias fueron evadidas y esa calidad, según la ley comercial (Art. 268 de la Ley 19550), supone la representación de la entidad, por lo que resulta razonable estimar que tuvo intervención en el hecho y le cabe responsabilidad en los términos

³Lusardi, Marcelo – Brina, Mónica – LimpercoS.R.L. s/ Régimen penal tributario, incidente de apelación del auto de procesamiento de la Marcelo Alejandro Lusardi.Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, 6/6/2007.



Causa FRO 25651/2019 “Club Atlético Unión sobre infracción ley 24.769”

del Art. 14 de la Ley 24769”⁴. Y finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete final de la Constitución, tiene dicho que “...en orden al elemento subjetivo del tipo penal de que se trata, debe también recordarse que el agente a cuyo cargo está el deber de retener aportes no asume ese papel como consecuencia de un negocio de confianza o de entrega, basado en el consentimiento de las partes, sino por disposición de la ley, la cual le impone determinadas obligaciones a las que debe ajustarse bajo pena de incurrir en las responsabilidades que puedan corresponderle por su desempeño remiso”⁵.

III.- Petitorio:

Por todo lo que ha sido expuesto en esta presentación, dispongo remitir esta causa FRO 25651/2019, a la sede de la Secretaría Penal del Juzgado Federal 1 de esta ciudad, solicitando al titular de este último, que proceda a resolver la situación procesal de Luis Jorge Spahn, en los términos de la presente, lo cual de este modo se deja formalmente postulado.

Fiscalía Federal 1, 29 de octubre de 2019.

Ante mí:

Seguidamente se dio cumplimiento con lo ordenado. Conste.

⁴NiroConstrcciones S.A.- Actuaciones complementarias. s/ Régimen Penal Tributario, incidente de previo y especial pronunciamiento por falta de acción planteado por Lucio Niro. Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. 20/12/2006.

⁵Fallos: 292:101, C.S.J.N. 97.058, 31 de Octubre de 1997, “Lambruschi, Pedro J.”, L.L. “Suplemento de Jurisprudencia Penal” del 30/04/98, págs. 32/33.