

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

N° 286 /10 –P/Int.

Rosario, 29 de noviembre de 2010.-

Visto, en Acuerdo de la Sala “B”, el expediente N° 3411-P caratulado “KOPAITICH, Cándida Teresa s/ Inf. Ley 24.769 (Evasión Impositiva)” (N° 93/07 A del Juzgado Federal N°3 de Rosario, Secretaría “A”).

Vienen los autos a conocimiento de este Tribunal en virtud de la apelación deducida por el defensor de Cándida Teresa Kopaitich, Dr. Oscar A. Garbarini (fs. 64/69), contra la Resolución N° 1284 del 25 de setiembre de 2009 (fs. 60/62), por medio de la cual se dictó el procesamiento sin prisión preventiva de la nombrada, por considerársela presunta autora del delito de evasión del Impuesto al Valor Agregado por la suma de \$ 107.735,15 por el período fiscal correspondiente a los meses de mayo a octubre de 2002 (Art. 1° de la ley 24.769, Art. 306 y sigtes. del C.P.P.N.), disponiéndose, asimismo, trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de pesos ciento ocho mil (\$ 108.000).

A fs. 70 se concedió el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución.

Elevados los autos (fs. 76), se dispuso la intervención de la Sala “B”, notificándose al Fiscal General Dr. Claudio M. Palacín (fs. 83 vta.).

Se designó audiencia oral (fs. 85), la que fue celebrada con la única presencia del abogado defensor (fs. 87), quedando la causa en condiciones de resolver.

El Dr. Toledo dijo:

1º) El apelante sostiene, en primer término, que agravia a su defendida el que se disponga su procesamiento como presunta autora del delito de evasión simple en el Impuesto al Valor Agregado mediante la utilización de proveedores ficticios identificados como Fernando César Chiaralucci, Fernando Luis Chiaralucci y Rita Andrea Báez, en función de elementos de convicción obtenidos de la investigación realizada por la denunciante, los que –dice- se tienen corroborados con el mero testimonio del inspector actuante en la fiscalización practicada a su defendida.

Dice que corresponde aclarar que las operaciones con Rita Andrea Báez por las cuales se impugna un crédito fiscal en el Impuesto al Valor Agregado de \$ 5.500,01 se verificaron en el período fiscal 12/2001, mientras que la presunta evasión que se imputa a su defendida es por los períodos fiscales 05/2002 a 10/2002.

Alega que la fundamentación del auto apelado no resulta una derivación razonada del derecho aplicable en relación a las constancias de la causa,

resultando manifiesto – a su criterio- que la convicción respecto de la materialidad del hecho denunciado es obtenida de la determinación de oficio efectuada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, en la que arbitrariamente el juez administrativo rechazó las pruebas ofrecidas para acreditar no sólo que las operaciones impugnadas fueron realizadas por Fernando César Chiaralucci, Fernando Luis Chiaralucci y Rita Andrea Báez, sino también que –en todo caso- el impuesto resultante de la impugnación del crédito fiscal de marras en los períodos denunciados no supera la condición objetiva de punibilidad.

Expresa que respecto a los períodos de la denuncia existen elementos ciertos no analizados por el juez de primera instancia que acreditan la existencia de algunas de las operaciones impugnadas, lo que –dice- disminuye el monto presuntamente evadido.

Acerca de ello cita la operación de compra de 250 bolsas de maíz Pioneer 81269 a Fernando César Chiaralucci, documentada en factura de fecha 05/08/02 y respecto de cuyo recibo fue denegada pericia caligráfica en sede administrativa.

Agrega que la propia fiscalización constató que cinco de los cheques con los que su defendida canceló esta compra fueron utilizados por Fernando César Chiaralucci para la adquisición a Jorge Alberto Garnero de un Tractor Zanello Modelo 1996 y una sembradora Super Walter para Siembra Directa Modelo 1994 documentada en factura y registrada en el libro IVA Ventas de Garnero, verificándose el pago mediante depósito de los cheque en la cuenta de la esposa del vendedor, tal como surge de fs. 148 a 155 del Cuerpo Principal IVA de las actuaciones de la OI 22746/3.

Señala que en este caso, no obstante haber constatado efectivamente el ingreso en el patrimonio de Fernando César Chiaralucci, el Fisco impugna la operación sustentándose en lo declarado –a su entender- interesadamente por éste, sin las formalidades y apercibimientos de la prueba testimonial.

Por lo cual, concluye que no existen indicios para tener por inexistente la compra de 250 bolsas de maíz a Fernando César Chiaralucci, procediendo – a su criterio-, en consecuencia, el cómputo del crédito fiscal originado en ella de \$ 18.453,75. Ello, no obstante el desconocimiento de éste de las operaciones con su defendido, quien –dice- marginó la operación de sus obligaciones fiscales.

Conforme a lo expuesto expresa que el monto presuntamente

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

evadido del IVA períodos 05/02 a 10/02 debe reducirse en \$ 18.453,75, lo que a todo evento arrojaría un monto presuntamente evadido de \$ 83.781,37, o, en todo caso, de \$ 89.281,38, si no se descuenta el crédito fiscal de la operación con Báez).

Arguye también que los indicios en que se sustenta la determinación del Fisco no alcanzan el grado de certeza necesario para motivar el procesamiento de su defendida por las razones que expone.

Dice que el juez de primera instancia se convence de la presunta evasión que el Fisco infiere por la inexistencia de las operaciones con Fernando C. Chiaralucci y Fernando L. Chiaralucci, a partir de la declaración del primero de los nombrados, quien desconoce, por interés personal, no sólo sus propias operaciones sino también las celebradas por su hijo quien nunca fue interrogado por los funcionarios fiscales, y tampoco por la instrucción penal.

Señala que el reconocimiento de parte de Fernando C. Chiaralucci de sus operaciones y las de su hijo hubiera importado su autoincriminación en la evasión del IVA por las operaciones facturadas a su defendida y la incriminación de su hijo.

Respecto de los pagos con LECOP expresa que la fiscalización vuelve a utilizar un indicio para inferir la inexistencia de las operaciones, el que Cándida Kopaitich haya adquirido menor cantidad de esta moneda que la entregada para la cancelación de las operaciones no determina la inexistencia de las mismas, pues –dice- en un momento en que la economía argentina giraba en torno a estas letras y otros bonos provinciales, todos los cuales eran de curso legal reemplazaban al peso, es lógico –a su entender- que no sólo haya adquirido LECOP, sino que también los haya recibido de terceros.

Concluye sosteniendo que mientras no se someta a pericial contable el monto denunciado como presuntamente omitido y mientras no se tome declaración testimonial a Fernando César Chiaralucci y a Fernando Luis Chiaralucci de aquellos hechos contingentes en los que la AFIP funda su denuncia, no surge mérito para ordenar el procesamiento de su defendida, correspondiendo dictar su Sobreseimiento. Y, a todo evento, que correspondería declararse provisionalmente la falta de mérito prosiguiendo la investigación. Lo que así peticona.

Por último expresa que agravia a su defendida la traba de embargo ordenada por la suma de pesos ciento ocho mil sobre todos sus bienes.

Señala que el delito por el cual se procesa a su defendida no tiene prevista pena pecuniaria, ni el Fisco se ha constituido en actor civil, ni ha reclamado

indemnización civil, pues dice que ello no está previsto en el régimen penal tributario.

2º) Analizada la prueba reunida en autos se advierte que la AFIP-DGI efectuó la determinación de oficio de la deuda tributaria con base en la presunción que establece el artículo 18 de la ley 11.683.

Surge de la denuncia de fs. 25/31 formulada por el Jefe de la División Jurídica a cargo de la Dirección Regional Rosario I de la Dirección General Impositiva dependiente de la Administración Federal de Ingresos Públicos que la fiscalización encontró apócrifa la documentación relacionada con los así denominados “falsos proveedores” Fernando César Chiaralucci y Fernando Luis Chiaralucci, y, en consecuencia, impugnables las declaraciones juradas presentadas por la imputada Cándida Teresa Kopaitich por el Impuesto al Valor Agregado correspondientes al período 05/02 a 10/02.

A su vez, se aprecia también que el magistrado instructor dictó la resolución apelada basándose pura y exclusivamente en esa actuación administrativa, sin realizar ninguna diligencia probatoria con anterioridad a su emisión que permita formar un suficiente cuadro convictivo en los términos previstos por el artículo 306 del C.P.P.N. para el dictado del procesamiento de la imputada.

Cabe tener en cuenta al respecto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el criterio de que en materia de infracciones tributarias las presunciones legales no pueden –por sí solas- servir de sustento a responsabilidades penales, independientemente de su virtualidad para determinar los tributos y perseguir su cobro por los medios legales, en autos “Generoso Mazza y otro” (Fallos 312:447).

Es válido señalar que tal criterio fue sostenido en forma permanente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (M. 152 XXXV-Recurso de hecho “Montenegro Hnos. S.A.” de fecha 24 de agosto de 2000) y aclarar que adoptarlo no supone afirmar que nunca podrá hablarse de responsabilidad por evasión tributaria si no existe determinación de la deuda sobre base cierta o por vía directa. Más aún, conviene puntualizar que dicha postura implica que en el marco del sumario penal, será menester analizar caso por caso si los hechos que sirven de base a la presunción que dio lugar a la determinación de oficio, integrados con otros que eventualmente existan y los corroboren o complementen, valorando integralmente ese plexo probatorio conforme a las reglas de la sana crítica racional, bastan como prueba a los fines del Art. 306 del CPPN. y hacen posible alcanzar el grado de convicción propio de esa etapa procesal.

Ello así, cabe concluir que asiste razón al apelante en tanto afirma

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

que los indicios en que se sustenta la determinación del Fisco no alcanzan el grado de convicción suficiente exigido por el código de rito para motivar el procesamiento de su defendida.

Es que, si bien la imputada, al prestar declaración indagatoria, no formuló ningún descargo ante la imputación del hecho que en dicho acto se le formulara, como tampoco lo hizo su defensor antes del dictado de la resolución apelada, habiéndolo hecho recién al apelar, resulta claro que el magistrado instructor debió realizar, por imperativo legal (Art. 194 C.P.P.N.), previo al dictado de la resolución de mérito, todas aquellas medidas tendientes a comprobar la existencia del hecho delictuoso denunciado por la AFIP-DGI mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad (Art. 193 inc. 1° C.P.P.N.), así como a establecer aquellas circunstancias que, entre otras, puedan influir en la punibilidad (Art. 193 inc. 2° C.P.P.N.).

En tal sentido, a poco que se analicen la denuncia y las actuaciones administrativas, puede advertirse que una cuestión central a determinar en este sumario es la veracidad de las operaciones que habría realizado la imputada Cándida Teresa Kopaitich con los supuestos proveedores Fernando César Chiaralucci y Fernando Luis Chiaralucci. Cuestión ésta cuya dilucidación incidiría en la determinación del monto presuntamente evadido en los períodos fiscales denunciados. Clarificando ello si dicho monto alcanza o no la condición objetiva de punibilidad prevista en el artículo 1° de la ley 24.769 para tener por configurada la presunta comisión del delito de evasión tributaria simple investigado en autos.

Para ello, resulta indispensable, a los fines de una adecuada instrucción del sumario, conforme a las pautas y la normativa antes señaladas, la realización, -entre otros- por parte del magistrado de primera instancia, de medidas de prueba tales como la pericial contable y la pericial caligráfica propuestas por la defensa en sede administrativa (v. fs. 309/319 vta. del Cuerpo Principal I.V.A. N° 2, O.I. N° 22.746/3), así como también las testimonial es de los nombrados Fernando César Chiaralucci y Fernando Luis Chiaralucci, tal como lo señala el recurrente en su escrito de apelación.

Se aprecia también que el magistrado instructor no ha realizado ninguna de las medidas sugeridas por el denunciante, como ser Informativa, Testimonial, Pericial Caligráfica, Secuestro (v. fs. 30 y vta.), propuestas expresamente como medidas de instrucción por el Procurador Fiscal Federal al formular el requerimiento de instrucción a fs. 33/34, las que podrían contribuir

también al debido esclarecimiento de los hechos investigados en autos.

En síntesis, conforme lo expresado, no surge de lo actuado en autos suficientes elementos de juicio que permitan, en grado de probabilidad, afirmar la supuesta evasión que se le imputa a Cándida Teresa Kopaitich, ya que, al no haberse ordenado ni producido en la instrucción prueba alguna, obrando exclusivamente las actuaciones administrativas acompañadas por la denunciante, con las deficiencias señaladas en cuanto a la prueba ello resulta insuficiente para tener por acreditada dicha evasión con el grado exigido para esta etapa del proceso.

Cabe considerar al respecto que, en tales condiciones, y ante el concreto señalamiento del apelante referido precedentemente, no se conoce cuál es la realidad de lo sucedido, lo que impide dictar procesamiento alguno.

Motivo por el cual corresponde revocar la resolución recurrida y dictar la falta de mérito para procesar o sobreseer a la imputada Cándida Teresa Kopaitich en los términos del artículo 309 C.P.P.N., sin perjuicio de la prosecución de la investigación.

En función de lo que se decide los restantes agravios han devenido abstractos.

El Dr. Bello dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega preopinante, agregando que en sentido semejante a lo aquí resuelto se ha expedido esta Sala "B" en Acuerdos nro. 77/05-P; 113/06-P; 200/06-P y 78/07-P, a cuyos fundamentos –en lo pertinente- me remito y doy por reproducidos en la presente. Así voto.

La Dra. Vidal adhirió a los fundamentos y conclusiones del voto del Dr. Toledo.

Atento al resultado del Acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

Revocar la resolución apelada N° 1284 del 25 de septiembre de 2009 obrante a fs. 60/62, disponiendo la falta de mérito de Cándida Teresa Kopaitich respecto del delito que se le imputara (Art. 309 C.P.P.N.), sin perjuicio de la prosecución de la investigación. Insértese, hágase saber y oportunamente devuélvase los autos al Juzgado de origen. (Expte. N° 3411-P).

Firmado: Elida Isabel Vidal - Edgardo Bello - José Guillermo Toledo, Jueces de Cámara. Ante mí, María Verónica Villatte, Secretaria de Cámara.