



Poder Judicial de la Nación

SALA "A"

REGISTRADO BAJO EL
Nº 77 FOLIO 101 AÑO 2013

**“BOTINELLI, JONATHAN PABLO Y OTROS SOBRE ASOCIACIÓN
ILÍCITA Y EVASIÓN TRIBUTARIA”.**

CAUSA Nº 63.805, FOLIO Nº 230, ORDEN Nº 28.247, JUZGADO
NACIONAL EN LO PENAL TRIBUTARIO Nº 1, SALA “A”.

GS (FHB)

///nos Aires, 8 de marzo de 2013.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Administración Federal de Ingresos Públicos contra la resolución que, por un lado, rechazó la querella presentada por dicho organismo en orden a los hechos atribuidos a Ignacio Piatti, Víctor Eduardo Zapata, Facundo Sebastián Roncaglia, Fernando Ortiz, Emmanuel Gigliotti, Román Fernando Martínez, Jonathan Santana Ghere, Fabián Andrés Vargas Rivera, Guillermo Enio Burdisso, Denis Stracqualursi, Santiago Vergini, Carlos Javier Matheu, Diego Mario Buonanotte Rende, Gonzalo Higuaín y Erik Lamela y que, por otro lado, rechazó la querella y el requerimiento fiscal de instrucción en orden al hecho atribuido a Jonathan Pablo Bottinelli.

La apelación del agente fiscal contra esa misma resolución en cuanto al rechazo del requerimiento de instrucción referido a Bottinelli.

Los escritos presentados por el Fiscal General y por la apoderada del fisco nacional en sustento de sus respectivos recursos.

El memorial del abogado defensor de Bottinelli en procura de que se confirme lo resuelto respecto de su asistido.

CONSIDERARON:

Los Dres. Bonzón y Repetto:

I. CONSTANCIAS DE LO ACTUADO.

Que las actuaciones se iniciaron a raíz de una solicitud de medidas urgentes efectuada por funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos, conforme a lo establecido por el artículo 21 de la ley 24.769. Dicho pedido da cuenta de la existencia de presuntas organizaciones ilícitas dedicadas, también presuntamente, a la evasión de tributos. Concretamente se sostiene que, con el fin de ocultar el valor exacto y los reales beneficiarios de las ganancias obtenidas en diversas transferencias de distintos jugadores de

USO OFICIAL

fútbol, se habrían simulado contratos en los que intervendrían clubes del extranjero (conf. solicitud de fs. 1/3 vta.).

Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1 rechazó dicha petición al considerar que las circunstancias narradas por el organismo solicitante no alcanzaban para presumir la comisión de delito tributario alguno, presupuesto ineludible para disponer las medidas requeridas. Además, el *a quo* descartó la invocada existencia de una posible asociación ilícita en función de la ausencia de toda descripción fáctica o acreditación al respecto (conf. resolución de fs. 45/50).

Que esa resolución fue recurrida por una apoderada de la Administración Federal de Ingresos Públicos, solicitando, al mismo tiempo, que se tenga por parte querellante a su poderdante y manifestando que la presentación que dio inicio a estos actuados revestía el carácter de denuncia criminal (conf. escrito de fs. 117/121 vta.).

Que el *a quo* denegó el recurso interpuesto y la querella presentada. No obstante ello consideró que, como esa presentación recursiva decía que se formulaba una “denuncia criminal” respecto de los mismos hechos por los que se habían pedido las medidas urgentes, debía sortearse un nuevo juzgado para que conozca en el asunto (conf. resolución de fs. 123/124).

Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 2, a quien le tocó entender en el legajo en función del sorteo efectuado, resolvió remitir las actuaciones al Juzgado en lo Penal Tributario N° 1, a fin de su acumulación con la causa que allí se había iniciado con el pedido de medidas de urgencia. Lo resuelto se fundó en que el escrito remitido a sorteo no decía que se efectuaba una denuncia sino que, por el contrario, expresaba que la denuncia había sido realizada en el escrito mediante el cual se habían solicitado las medidas (conf. resolución de fs. 242/244).

Que el mismo día en que fue adoptada la resolución comentada en el considerando anterior, la apoderada del fisco presentó un nuevo escrito en el Juzgado Tributario N° 2 solicitando ser tenida por querellante. En esta nueva presentación la representante del fisco, además, amplió las consideraciones efectuadas respecto a los hechos narrados en los escritos anteriores (conf. escrito de fs. 246/257 vta.).

Que el señor juez a cargo del Juzgado N° 1 del fuero en lo Penal Tributario rechazó la competencia atribuida por el titular del Juzgado en lo Penal Tributario N° 2, y quedó trabado el conflicto de competencia suscitado (conf. resoluciones de fs. 261/263 y fs. 271/275).

Que elevadas las actuaciones a esta Sala "A" y conforme lo dictaminado por el señor Fiscal General, se resolvió que debía seguir entendiendo en el caso el Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1 (conf. copia de la resolución obrante a fs. 282 -Reg. 597/12 de Sala "A"-). En su dictamen el representante del ministerio público ante esta alzada fue claro en cuanto a que la presentación por la que el fisco solicitó las medidas precautorias y la que posteriormente el juez penal tributario N° 1 remitió a sorteo, daban cuenta de los mismos hechos. Por ese motivo sostuvo que la remisión de testimonios ordenada resultaba improcedente (conf. copia del mencionado dictamen obrante a fs. 279/281 vta.).

Que luego de esa dilatada y confusa tramitación, provocada en gran parte por las desprolijidades incurridas por el fisco a las que hizo referencia el Fiscal General en su dictamen -inicialmente presentó un escrito solicitando medidas de urgencia, después presentó otro manifestando que el contenido de su primigenia solicitud importaba una denuncia y posteriormente amplió el contenido de sus anteriores escritos-, el juez a cargo del Juzgado en lo Penal Tributario N° 1 le confirió vista al agente fiscal de las presentaciones en cuestión, conforme lo establecido por el artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación.

II. HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS A LOS QUE SE REFIEREN LAS PRESENTACIONES DEL FISCO.

Que en las presentaciones del organismo de recaudación se mencionan diferentes maniobras de presunta evasión tributaria.

Que, por un lado, se sostiene que en diversas transferencias de jugadores de fútbol y con el fin de evadir la carga tributaria correspondiente, se habrían celebrado contratos simulados con clubes del exterior en los que los futbolistas no habrían desarrollado tarea deportiva alguna. Se indica que esa presunta simulación fraudulenta se advierte en los casos de las transferencias de Bottinelli, Piatti, Zapata, Roncaglia, Ortiz, Gigliotti, Martínez, Santana Ghere, Vargas Rivera, Burdisso, Stracqualursi, Vergini y Matheu.

Que, por otro lado, se mencionan tres casos en los que las presuntas maniobras de evasión tributaria serían distintas a la anteriormente detallada. En ese sentido se indica: 1º) que la transferencia correspondiente a Buonanotte Rende del Club Atlético River Plate al Club Málaga de España habría sido fragmentada en dos contratos -uno correspondiente a la transferencia del jugador por la suma de € 3.000.000 y otro por una futura colaboración deportiva entre los clubes por la suma de € 2.065.000-, con el fin de ocultar el valor real de la operación y poder disminuir el costo de los tributos correspondientes. Ello en función del valor de la póliza de seguro posteriormente contratada por River Plate -€ 5.000.000-; 2º) que después de efectuada la transferencia de Higuaín del Club Atlético River Plate al Club Real Madrid de España, se abonó al jugador el 15% del valor de la operación mediante dos cheques; que Higuaín señaló que cobró solo uno de esos documentos y que, por ende, se habría evadido el impuesto a las ganancias en concepto de salidas no documentadas y 3º) que Lamela fue transferido del Club Atlético River Plate a la Associazione Sportiva Roma de Italia; que el club italiano informó que había abonado a una sociedad holandesa las comisiones correspondientes por su intermediación en ese pase; que Lamela habría percibido regalías pagadas por esa sociedad extranjera; que esa percepción no habría sido declarada por el nombrado y que, posiblemente, las erogaciones efectuadas por el club italiano corresponderían a los representantes o intermediarios argentinos ocultos que habrían cobrado las comisiones.

Que, finalmente, el fisco nacional señaló que la reiteración de la modalidad delictiva utilizada y de sujetos intervinientes en los hechos da cuenta de la posible existencia de una presunta asociación ilícita tributaria, conforme lo tipificado en el inciso c) del artículo 15 de la Ley Penal Tributaria.

III. PARTICULARES CARACTERÍSTICAS DE LAS TRANSFERENCIAS EN CUESTIÓN.

Que antes de continuar y para una mejor comprensión de lo que sigue, resulta conveniente efectuar primero un breve relato acerca de las distintas particularidades que presentan las transferencias de jugadores de fútbol.

Que la contratación, inscripción o “fichaje” de un futbolista profesional en una entidad deportiva genera el surgimiento de derechos federativos de los que, a su vez, se derivan derechos económicos. Los primeros solo pueden ser ejercidos por clubes debidamente habilitados para registrar al deportista en una determinada asociación y, en función de ellos, solo la entidad que los posee puede utilizar los servicios del jugador y, eventualmente, celebrar una futura transferencia. Los segundos derivan de los derechos federativos y están constituidos por el beneficio económico que podrá percibir el club que federó al futbolista como consecuencia de una futura transferencia a otro club. Ese crédito en expectativa puede ser cedido en forma anticipada a la transferencia del jugador mediante cesión onerosa a favor de terceros.

IV. LA DESESTIMACIÓN DE LA DENUNCIA.

Que con relación a los hechos atribuidos a Ignacio Piatti, Víctor Eduardo Zapata, Facundo Sebastián Roncaglia, Fernando Ortiz, Emmanuel Gigliotti, Román Fernando Martínez, Jonathan Santana Ghese, Fabián Andrés Vargas Rivera, Guillermo Enio Burdisso, Denis Stracqualursi, Santiago Vergini, Carlos Javier Matheu, Diego Buonanotte Rende, Gonzalo Higuaín y Erik Lamela, el fiscal solicitó la desestimación parcial de la denuncia por inexistencia de delito (conf. primer y último párrafo del artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación). Al respecto consideró que, por el momento, la escasa documentación acompañada por el organismo denunciante no permitía formular una hipótesis de delito con entidad suficiente para requerir la iniciación de una investigación penal.

Que el juez, en el punto dispositivo primero de la resolución que ahora se encuentra a conocimiento de este tribunal, rechazó la querrela presentada por el fisco respecto de Piatti, Zapata, Roncaglia, Ortiz, Gigliotti, Martínez, Santana Ghese, Vargas Rivera, Burdisso, Stracqualursi, Vergini, Matheu, Buonanotte Rende, Higuaín y Lamela. Aún cuando se advierte que el *a quo* omitió ordenar la desestimación de la denuncia, limitándose a rechazar la querrela presentada, de los considerandos 7 a 13 de su resolución surge que aquella es la decisión adoptada en definitiva. En efecto, a lo largo de esas consideraciones el magistrado señala que comparte los fundamentos expuestos por el fiscal al requerir la desestimación parcial de la denuncia y que, por lo

demás, esa determinación carece de los efectos de la cosa juzgada conforme lo establecido en un antecedente de esta Sala “A”.

Que lo resuelto en relación a estos casos se funda en que la insuficiencia de los elementos probatorios presentados por el fisco nacional no posibilita la construcción hipotética acerca de la comisión de las maniobras denunciadas ya que la mera verificación acerca de la existencia de la triangulación efectuada en algunos casos, no implica, de por sí, que la realidad subyacente sea distinta a la documentada o que las operaciones en cuestión constituyan maniobras tendientes a ocultar sus verdaderos intervinientes, sus valores y sus reales beneficiarios. También se funda en que en varios de los casos denunciados ni siquiera se verifica el invocado patrón de triangulación contractual.

Que la apoderada del fisco se agravia por entender que de las constancias probatorias acompañadas surgen indicios suficientes como para sospechar la realización de las maniobras denunciadas y, en consecuencia, iniciar la instrucción del proceso a fin determinar la existencia de esos presuntos hechos delictivos mediante la realización de las debidas diligencias.

Que asiste razón a la apelante. En efecto, de las constancias del legajo y del análisis de la documentación reservada en secretaría se desprenden varios elementos indiciarios que resultan suficientes para dar curso a la instrucción. Entre ellos cabe mencionar: que en las operaciones de transferencia en las que se denuncia la existencia de una presunta triangulación contractual, intervienen clubes del extranjero en donde los futbolistas no habrían desarrollado actividad alguna; que esos clubes extranjeros no contarían con capacidad económica suficiente para adquirir jugadores que, como en los casos analizados, tendrían una elevada cotización en el mercado; que algunos de los deportistas en cuestión se habrían presentado a abonar el tributo que presuntamente intentaban evadir mediante las simulaciones contractuales denunciadas; que en otros casos los involucrados habrían reconocido las triangulaciones efectuadas y rescindido los convenios presuntamente simulados.

Que también existen suficientes indicios para iniciar la investigación con relación a los hechos en los que no se habría verificado triangulación contractual alguna. En ese sentido, la circunstancia que, en un caso, la suma de los importes por los cuales se celebraron dos contratos que, aparentemente, no

estarían relacionados -contrato de transferencia y contrato de colaboración deportiva-, coincida con el monto de la póliza mediante la cual fue asegurado el jugador transferido; el hecho que, en el otro caso, uno de los cheques mediante los cuales se abonó al jugador transferido el porcentaje que le correspondía no haya sido cobrado por el mismo según sus propias manifestaciones y la circunstancia que, en el caso restante, no se encuentre claro quién habría sido el beneficiario de las comisiones pagadas en la transferencia en cuestión, constituyen elementos suficientes para sospechar la posible concreción de maniobras fraudulentas tendientes a evadir el pago del impuesto correspondiente.

Que, por lo expuesto, los indicios con que se cuenta justifican estimar de forma preliminar y provisoria que las conductas denunciadas podrían resultar constitutivas del delito de evasión tributaria, en tanto en las mismas se verificaría, en principio, la existencia del ardid o engaño requerido por ese tipo penal. Ello sin perjuicio de la definitiva calificación que quepa atribuirles.

Que si bien es cierto que el fisco cuenta con amplias facultades de fiscalización y verificación, conforme las atribuciones que le concede la Ley de Procedimiento Tributario, ello no autoriza a exigirle que acredite de manera fehaciente la existencia del hecho ilícito que denuncia. Cuando, como en este caso, se indican las diversas circunstancias en las que se funda la sospecha acerca de la posible comisión de un delito y se acompañan elementos probatorios al respecto, corresponde al órgano jurisdiccional instruir el proceso con el fin de comprobar la existencia del suceso delictuoso denunciado mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad (conf. artículo 193 del Código Procesal Penal de la Nación). Por ende, los argumentos relacionados con la insuficiencia de los elementos acompañados en sustento de la denuncia, implican alterar la secuencia lógica del proceso penal pues, implícitamente, se sustentan en la idea de que el denunciante debe acompañar todos los elementos de convicción que, por el contrario, deben colectarse como consecuencia del comienzo y del desarrollo de la actividad instructoria.

Que, en esas condiciones, corresponde revocar el punto dispositivo I de la resolución recurrida, sin costas.

V. EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO.

Que el fiscal requirió la instrucción del proceso respecto del hecho atribuido a Jonathan Pablo Bottinelli al considerar que las cláusulas de los contratos de transferencia suscritos por el mencionado jugador, por el Club Deportivo Unión San Felipe de Chile y por el Club Atlético River Plate de nuestro país, resultan contradictorias. En tal sentido indicó que mientras en el contrato celebrado entre el club chileno y el club argentino, firmado por Bottinelli consintiendo la operación, se estipuló que la entidad deportiva argentina adquiriría el 100 % de los derechos federativos y el 60 % de los derechos económicos, en el convenio celebrado anteriormente entre el club extranjero y Bottinelli, se dejó expresamente indicado que la totalidad de los derechos económicos eran de exclusiva propiedad del jugador. Señaló que con la maniobra contractual descrita se pretendió encubrir la ganancia gravada que obtuvo Bottinelli, al ser el definitivo beneficiario de lo abonado por el club River Plate.

Que el *a quo* en el punto dispositivo II de la resolución recurrida rechazó el requerimiento fiscal de instrucción en orden a ese hecho. Su determinación se funda en que no existiría contradicción entre los contratos celebrados en el caso. En tal sentido el juez señala que Bottinelli fue federado por el Club Deportivo Unión San Felipe de Chile cuando se encontraba en libertad de acción; que a partir de ese momento la institución extranjera pasó a poseer los derechos federativos del jugador y, con ellos, los derechos económicos generados a partir de la expectativa de recibir una contraprestación por una futura transferencia; que el club mencionado le cedió a Bottinelli ese crédito futuro y eventual; que luego transfirió en forma onerosa los derechos federativos al Club Atlético River Plate; que lo abonado por esta última operación solo podía ser percibido por la entidad chilena por ser la titular de los derechos de federación transferidos y que, luego, lo cobrado debía ser entregado a Bottinelli ya que los derechos económicos le habían sido cedidos con anterioridad. Se funda, además, en que el mencionado jugador, al ser requerido por el fisco, aportó documentación y expresó que los beneficios económicos de la transferencia le pertenecían, razón por la cual mal puede entenderse que estuviera intentando evadir el tributo a las ganancias. Finalmente, se basa en que, teniendo en cuenta que el ejercicio fiscal al que corresponde la ganancia obtenida no ha concluido y en que no se han realizado

actos tendientes a ocultar ingresos, no existen motivos para imputar al contribuyente haber intentado evadir el impuesto a las ganancias.

Que el letrado defensor de Bottinelli sostiene que su asistido no incurrió en ocultación fraudulenta alguna. Señala que el nombrado suscribió el contrato con el club del exterior para proteger sus derechos como futbolista; que explicó ante el ente recaudador los alcances de la contratación celebrada y que manifestó ser el beneficiario de la transferencia. Por otro lado, menciona que el monto total del impuesto correspondiente a las ganancias que se obtendrán por la transferencia cuestionada ya fue cancelado por su defendido.

Que los recurrentes -la apoderada de la Administración Federal de Ingresos Públicos y el ministerio público fiscal- consideran que existen suficientes elementos para sospechar que Bottinelli habría intentado evadir el pago del impuesto a las ganancias mediante la celebración de un contrato que encubriría el verdadero destino de lo que se abonaría por su transferencia y, por ende, la consecuente ganancia sujeta a tributación. Sostienen, además, que la contratación simulada importaría principio de ejecución del delito que se atribuye.

Que de las constancias incorporadas al expediente surgen las circunstancias que se enuncian a continuación.

Que en junio de 2012 Jonathan Bottinelli se encontraba en libertad de contratación al haber vencido el vínculo contractual que tenía con el Club San Lorenzo de Almagro.

Que el 14 de julio de ese mismo año Bottinelli suscribió un convenio con el Club Deportivo Unión San Felipe de Chile de cuyas cláusulas se desprende que la entidad extranjera adquirió la titularidad de los derechos federativos del futbolista; que el jugador es propietario exclusivo y excluyente de los derechos económicos que de aquellos emergen y, por ende, de la ganancia obtenida en futuras cesiones o transferencias de su pase, debiendo depositarse el monto que resulte de las mismas en la cuenta bancaria que indique Bottinelli, menos un 10 % en concepto de comisión que le corresponde al club.

Que el 30 de julio de 2012, o sea, pocos días después de firmado el convenio anterior, se firmó un contrato donde el club chileno aparece transfiriendo, con el consentimiento de Bottinelli, el 100 % de los derechos

federativos y el 60% de los derechos económicos al Club Atlético River Plate, por la suma de u\$s 1.700.000.

Que las circunstancias detalladas demuestran que asiste razón a los apelantes en cuanto a que los contratos en cuestión resultan harto contradictorios respecto a quién es el titular de los derechos económicos del futbolista. En un caso se señala que esos derechos pertenecen al jugador -convenio del 14 de julio de 2012- y en el otro se indica que pertenecen al club chileno -contrato del 30 de julio de 2012-. Resulta por demás sugestivo que la contracción se presente, justamente, en relación al propietario de esa clase de derechos, máxime cuando la determinación acerca de quien los ostenta tiene mucha relevancia ya que a su titular le corresponden las ganancias obtenidas al cederlos onerosamente y, en consecuencia, es quien debe abonar el tributo correspondiente. Ese dato puntual es muy importante en el caso de la operación analizada. En efecto, nótese que si la renta de la cesión de esos derechos perteneciera al club extranjero, no existiría gravamen alguno que abonar ya que la entidad no es sujeto pasivo del impuesto a las ganancias.

Que, en función de esas circunstancias, coincidimos con los acusadores en que Bottinelli habría intentado ocultar que era el destinatario de la ganancia derivada de su transferencia al Club Atlético River Plate para poder así, también evadir el pago del gravamen correspondiente a la percepción de esa renta. Esta conclusión se ve reforzada por la ausencia de explicaciones concretas respecto a los motivos por los que el jugador celebró un convenio con un club del exterior en el que no desarrolló actividad profesional alguna. El argumento referido a que con ese convenio se intentó proteger los derechos del futbolista no resulta, por sí solo, atendible.

Que el proceder adoptado por Bottinelli habría tenido como fin disimular su condición de responsable de la obligación tributaria y, por ende, constituiría, en principio, engaño conforme lo requiere el tipo penal de evasión tributaria. Ello autoriza, en consecuencia, a considerar que se habría dado inicio a la ejecución de ese ilícito y, por ende, a sostener la posible comisión en grado de tentativa.

Que, en definitiva, consideramos que Bottinelli habría intentado evadir el pago del impuesto a las ganancias del año 2012, mediante el despliegue de una maniobra engañosa y, en esas condiciones, existen motivos suficientes

para impulsar la acción penal en su contra en orden al delito establecido por el artículo 1° de la ley 24.769.

Que, por todo lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada en cuanto rechaza el requerimiento fiscal de instrucción, sin costas.

VI. LA ASOCIACIÓN ILÍCITA.

Que el representante del ministerio público descartó la hipótesis referida a la posible existencia de una asociación ilícita tributaria. En tal sentido consideró que la reiteración de la modalidad delictiva utilizada y de los sujetos intervinientes, no autoriza sin más a reunir diversos hechos independientes bajo la figura penal antes mencionada.

Que el juez entendió que la denuncia no contenía alguna descripción fáctica o elemento probatorio que permitiera suponer la existencia de una asociación dedicada a cometer delitos tributarios.

Que la recurrente -la apoderada del fisco- insiste en que podría existir una asociación delictiva dedicada a evadir impuestos. Postula en ese sentido que de la documentación aportada surge que los hechos denunciados habrían sido cometidos mediante la misma modalidad y que en ellos habrían intervenido las mismas personas.

Que compartimos los fundamentos expuestos por el fiscal con relación a este tema. Por el momento, no existen suficientes circunstancias como para considerar que en el caso haya existido un acuerdo, concierto o convenio para la comisión de las maniobras que se denuncian. Ello sin perjuicio de lo que pueda acreditarse posteriormente con el devenir de la investigación.

VII. LA QUERELLA.

Que, en función de lo decidido en el presente voto, cabe hacer lugar a la querella instaurada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (conf. artículos 82 del Código Procesal Penal de la Nación y 23 de la ley 24.769).

VIII. Por los argumentos expuestos corresponde: I) REVOCAR la resolución apelada en cuanto rechazó la querella y desestimó la denuncia en orden a los hechos atribuidos a Ignacio Piatti, Víctor Eduardo Zapata, Facundo Sebastián Roncaglia, Fernando Ortiz, Emmanuel Gigliotti, Román Fernando Martínez, Jonathan Santana Ghery, Fabián Andrés Vargas Rivera, Guillermo Enio Burdisso, Denis Stracqualursi, Santiago Vergini, Carlos Javier Matheu, Diego Mario Buonanotte Rende, Gonzalo Higuaín y Erik Lamela. Sin

costas. II) REVOCAR la resolución recurrida en cuanto ordena el rechazo de la querrela y el requerimiento fiscal de instrucción en orden al hecho atribuido a Jonathan Pablo Bottinelli. Sin costas. III) CONFIRMAR la resolución apelada en cuanto desestima la denuncia referida a la existencia de una presunta asociación ilícita tributaria. Sin costas.

El Dr. Hendler:

I. Que en lo que concierne al rechazo de la querrela respecto de los hechos que atribuye a Ignacio Piatti, Víctor Eduardo Zapata, Facundo Sebastián Roncaglia, Fernando Ortiz, Emmanuel Gigliotti, Román Fernando Martínez, Jonathan Santana Ghese, Fabián Andrés Vargas Rivera, Guillermo Enio Burdisso, Denis Stracqualursi, Santiago Vergini, Carlos Javier Matheu, Diego Mario Buonanotte Rende, Gonzalo Higuaín y Erik Lamela, lo resuelto se funda en las razones invocadas por el representante del ministerio público quien, en su momento había postulado la desestimación de la denuncia efectuada por la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Que la intervención del juez al que incumbe practicar una instrucción previa al juicio sólo corresponde cuando existe un requerimiento fiscal o una prevención o información policial, según se encuentra establecido en el artículo 195 del Código Procesal Penal, lo que no ocurre en este caso con los hechos que son materia de esa querrela a cuyo respecto el juez no puede impulsar de oficio la instrucción.

Que eso no es óbice para que quien se considera ofendido por un delito pueda constituirse en querellante, aportar pruebas, impulsar el proceso y formular su acusación ante el tribunal competente para entender en el juicio oral y público. Se trata de derechos que, conforme con la interpretación establecida por la Corte Suprema de la Nación, derivan del artículo 18 de la Constitución Nacional, del artículo 8º, párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. Fallos 321:2021 “Santillán, Francisco Agustín”, considerando 11).

Que, por consiguiente, la resolución que rechaza de plano la querrela deducida no se ajusta a derecho. Lo que corresponde es que el juez de instrucción decline su competencia a favor del tribunal oral al que corresponda

entender en el juicio. Me remito a lo expresado en mis votos en los casos de esa índole resueltos por esta sala del tribunal. Entre otros los registrados como 136/2007 (“Grosskopf”) y 103/2010 (“Maquieira”).

II. Que en lo que concierne al rechazo del requerimiento fiscal referido al hecho que se atribuye a Jonathan Pablo Bottinelli, por el que también se querrela la representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos, lo resuelto se funda en que el hecho no se cometió.

Que tanto el agente fiscal como la querellante insisten en que Bottinelli evadió el pago de su obligación de tributar impuesto por una importante ganancia que obtuvo en el año 2012 al incorporarse, como jugador profesional de fútbol, a una entidad deportiva que lo contrató, el Club Atlético River Plate mediante el ardid de simular que el rédito perteneciera a una entidad deportiva extranjera, el Club Deportivo Unión San Felipe de Chile.

Que se encuentra igualmente comprobado y fuera de discusión que, pocos días después de celebrado el contrato generador de la ganancia, el organismo de recaudación tributaria recabó información al imputado. El requerimiento fue respondido en el plazo que se le fijó y, en esa ocasión, Bottinelli reconoció ser el verdadero beneficiario de la ganancia y explicó que había utilizado al club chileno como persona interpuesta para resguardar sus derechos pero sin desconocer su obligación tributaria.

Que aún cuando esa explicación no resulta verosímil, lo cierto es que la posibilidad de evadir el pago de la obligación mediante el ardid de simular quien era el verdadero beneficiario, quedó totalmente frustrada desde ese momento al ponerse de manifiesto que era Bottinelli el titular del respectivo derecho, es decir que ya desde mucho antes del plazo en que debía efectuarse el pago había desaparecido toda posibilidad de evadirlo. El contrato con el club chileno que aclara por completo la situación fue aportado por su abogado y obra glosado a fs. 129/133.

Que en su informe a la alzada el Fiscal General entiende que hubo un intento de inducir en engaño a la autoridad de recaudación con el propósito de evadir el pago.

Que si bien cabe admitir que fue ésa la intención del imputado, un hecho meramente intentado sólo es punible en la situación prevista por el artículo 42 del Código Penal, es decir cuando su autor comienza la ejecución

del delito que luego no se consuma. La noción de lo que debe entenderse por “comienzo de ejecución” es tema arduamente discutido, tanto en la doctrina como en los fallos de los tribunales. Se prefiere actualmente emplear un criterio objetivo de valoración en función del plan del autor¹ lo que lleva a descartar que hubiera tenido lugar ese comienzo cuando el plan delictivo atribuible a Bottinelli únicamente podía concretarse mucho después, al tener que declarar sus ganancias al ente recaudador.²

Que, por esa razón, el rechazo del requerimiento fiscal de instrucción debe considerarse ajustado a derecho. Lo que corresponde es confirmarlo.

Por lo que, por mayoría, **SE RESUELVE: I) REVOCAR** la resolución apelada en cuanto rechazó la querrela y desestimó la denuncia en orden a los hechos atribuidos a Ignacio Piatti, Víctor Eduardo Zapata, Facundo Sebastián Roncaglia, Fernando Ortiz, Emmanuel Gigliotti, Román Fernando Martínez, Jonathan Santana Ghere, Fabián Andrés Vargas Rivera, Guillermo Enio Burdisso, Denis Stracqualursi, Santiago Vergini, Carlos Javier Matheu, Diego Mario Buonanotte Rende, Gonzalo Higuain y Erik Lamela. Sin costas. **II) REVOCAR** la resolución recurrida en cuanto ordena el rechazo de la querrela y el requerimiento fiscal de instrucción en orden al hecho atribuido a Jonathan Pablo Botinelli. Sin costas. **III) CONFIRMAR** la resolución apelada en cuanto desestima la denuncia referida a la existencia de una presunta asociación ilícita tributaria. Sin costas.

Regístrese, notifíquese, remítanse la documentación reservada en Secretaría y, oportunamente, devuélvase.

EDMUNDO S. HENDLER
JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. P. REPETTO
JUEZ DE CAMARA

JUAN CARLOS BONZON
JUEZ DE CAMARA

ANTE MI

GUILLERMO C. SUSTAITA
SECRETARIO

¹ Es el punto de vista expresado por Zaffaroni, Alagia y Slokar en *Derecho Penal-Parte general*, Buenos Aires, 1ª edición, 2000, pp. 790 y ss. Lo mismo que en la doctrina española por Santiago Mir Puig en *Derecho Penal-Parte general*, Barcelona, 3ra. ed., 1990, pp.365 y ss.; y en la alemana por H.H. Jescheck en *Tratado de Derecho Penal-Parte general*, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp.706 y ss.

² Remito a este respecto a mi voto en un antiguo fallo de la ex Sala II de este tribunal: “Casa de Cambio Cambinco” resuelto el 28/9/1987 (registro 184/87 de Sala II) publicado en revista La Ley 1988-B, 8.

Poder Judicial de la Nación

CERTIFICO: que la presente es copia fiel de su original que corre
fols 403/404, de los autos caratulados: "BOTTINELLI
JONATHAN VILLO Y OTROS ASOCIADOS S/ EN. TUBA", CAUSA N° 6385
P° 230 : Orden N° 28247 de la Honorable Cámara Nacional de Apo-
licaciones en lo Penal Investigativa de la Capital. Buenos Aires, 8
DE MARZO de 2013. - GOMEZ


GUILLERMO C. SUSTAITA
SECRETARIO

U S O O F I C I A L