**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL**

**Fallo "UBER Argentina SRL s/Ley 26.735"** (Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A, Sala III; del 10/5/2017)

Por Clarisa MARANO ROUDE* y Rodolfo R. FLOREZ**

## I.- INTRODUCCIÓN

La contribuyente es investigada por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad en dos legajos distintos: en el plano contravencional, se la investiga por la presunta violación del artículo 83 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual reprime el uso indebido del espacio público y, en el plano penal, se la investiga por la actividad desarrollada por la empresa encuadra en el delito de evasión impositiva simple, tipificado en el artículo primero del Régimen Penal Tributario.

La sentencia en comentario es de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A., donde por voto mayoritario de la Dra. Paz y el Dr. Delgado, se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, en el marco de la investigación penal preparatoria de la causa por evasión tributaria, tras haber sido negado por el *a quo* el acceso a la información bancaria de la empresa.

---

* Abogada (UNL). Oficial Mayor de la Unidad de Investigaciones Penal Tributaria del Cuerpo de Investigaciones Judiciales del MPF C.A.B.A. Investigadora en CIPCE.

** Abogado. Especialista en Derecho Tributario y Penal, a cargo de la Unidad del a Unidad de Investigaciones Penal Tributaria del Cuerpo de Investigaciones Judiciales del MPF C.A.B.A. Miembro de ITEP/SUR.

**II.- HECHOS**

En el marco de la Investigación Penal Preparatoria (I.P.P.) de la causa seguida por evasión tributaria simple (art. 77 y sgtes. del C.P.P.C.A.B.A.) la Fiscalía requirió al Juzgado interviniente el acceso a la información bancaria sobre la totalidad de las operaciones pasivas efectuadas por la firma UBER en las entidades financieras en las que operaba durante los períodos investigados (cfr. Art. 39 inc. a de la Ley de Entidades Financieras).

Frente a dicha solicitud, el *a quo* denegó el petitorio de la fiscalía, y argumentó el rechazo de la pretensión, por entender que, *"…se admite como probable la comisión de conductas encuadrables en el art. 83 del C.C. por parte de "UBER Argentina SRL" y/o "Uber Technologies Inc." y de otras personas físicas. Ahora bien, partiendo de esa premisa –probable existencia de la contravención del art. 83 del C.C.- entiendo que las ganancias resultantes de esa actividad serían ilícitas, toda vez que se tratarían del producto de una actividad ilícita, por configurar una contravención. En este sentido, dichas ganancias ilícitas no pueden dar lugar a la figura de evasión simple (art. 1° de la Ley 24769, modificada por la Ley 26735- Régimen Penal Tributario) puesto que no pueden estar sujetas al pago de tributos…"*.

Refuerza el juez su postura, destacando que *"…las actividades ilícitas no pueden estar sujetas al pago de impuestos, dado que el Estado no puede aceptar su realización, obsérvese que de lo contrario, se las estaría convalidando..."*

Y continúa diciendo que en su opinión "*…el Ministerio Público Fiscal no puede incriminar en forma simultánea a "UBER Argentina SRL" y/o "Uber" y/o "Uber Technologies Inc." por la probable evasión simple de impuestos locales sobre las ganancias obtenidas por la ejecución de la actividad que, a criterio de la propia acusación pública, sería configurativa de la contravención de uso indebido del espacio público….*

*Siendo así, considero que, mientras se siga sosteniendo que la acción llevada a cabo por la persona jurídica "UBER Argentina SRL" y/o "Uber" y/o "Uber Technologies Inc." así como por las personas físicas que habrían ejercido su representación constituye una contravención en los términos del art. 83 del C.C. no puede aceptarse que exista mérito sustantivo respecto de la conducta que se pretende encuadrar en la figura de evasión simple y, por eso, no pueden autorizarse en estas actuaciones medidas de coerción…"*

Frente a esta resolución, a través de la interposición de un recurso de apelación, se agravió la fiscalía bajo los siguientes argumentos: en primer medida, para sortear el obstáculo de la admisibilidad del recurso, admite que *"si bien las cuestiones de prueba inherentes a la investigación, no habilitan la vía recursiva intentada, interpreto que lo decidido irroga a este Ministerio Público Fiscal un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior, al impedirle ejercer sus obligaciones constitucionales y legales como órgano promotor de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad."* Ahora bien, sobre el fondo del asunto argumenta que el juez, al analizar las actuaciones, realiza un análisis erróneo de

las mismas, e incurre en un error conceptual que lo llevan a tomar la decisión que se recurre.

Está verificado, sostiene el Ministerio Público Fiscal en su apelación, que "*la empresa realiza una actividad lucrativa, ya que percibe dinero por su actuación, que se encuentra regulada por las normas de la C.A.B.A. y que no obstante, no ha obtenido la correspondiente habilitación…*"

Es decir que, en opinión del titular de la acusación pública, la actividad realizada por la empresa -transporte público de pasajeros- no es ilícita en sí misma, sino que es irregular la forma en la que se lleva a cabo, toda vez que las normas vigentes en la ciudad exigen para quienes deseen realizar este tipo de actividades, la correspondiente habilitación, de la cual carece la contribuyente implicada.

Introduce la fiscalía una oportuna comparación entre la venta de mercadería de bienes muebles en negro y la venta de estupefacientes. En el primer caso, el objeto (la venta de mercadería de bienes muebles) es lícito, sin embargo la forma en que la actividad se desarrolla es irregular; en cambio en el segundo caso, el objeto de la venta (estupefacientes) es ilícito en sí mismo, es decir, en palabras del Ministerio Público "*el propio acto generador de la obligación tributaria –es decir el hecho que resultaría imponible- se encuentra prohibido por la ley y en ese caso, el Estado no podría reclamar el pago de gravámenes…*".

Aclara que "*las conductas analizadas en ambos legajos resultan plenamente escindibles entre sí y, además, tutelan bienes jurídicos diferenciados, rigiéndose por*

*distintos códigos de fondo y de procedimiento, por lo que no dependen una de la otra para configurarse"*.

Como segundo agravio, la fiscalía sostuvo que el Juez cae nuevamente en un error conceptual al arrogarse facultades que no le son propias, toda vez que es la A.G.I.P. la encargada de verificar que se hayan dado los presupuestos de hecho para sostener que estamos frente a un hecho imponible y en consecuencia determinar si ese hecho resulta susceptible de tributar mediante el procedimiento de determinación de oficio.

Alegó en su apelación que: *"En efecto, el artículo 18 de la ley N° 24.769 (modificada por la ley N° 26.735) específicamente indica que cuando la denuncia fuere interpuesta por un tercero – como resulta en el caso "sub examine"- corresponde remitir los antecedentes al organismo fiscal a fin de que "…dé comienzo al procedimiento de verificación y determinación de la deuda…"*

*En este sentido, el artículo 158 del Código Fiscal de esta ciudad (T.O. 2016) también indica que: "…Cuando la denuncia penal fuere formulada por un tercero, el juez interviniente remitirá los antecedentes a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos a fin que, inmediatamente, de comienzo al procedimiento de verificación y determinación de la deuda…" Por lo que no cabe la menor duda de que es la A.G.I.P. la que debe expedirse respecto a que si la actividad realizada por el contribuyente se encuentra gravada y el quantum de la deuda, en el procedimiento de determinación de oficio".*

**III.- LA RESOLUCIÓN DE LA CÁMARA DE APELACIONES**

Como ya se anticipó el fallo de Cámara tuvo favorable acogida a la pretensión fiscal, con los votos mayoritarios de los Dres. Marta Paz y Sergio Delgado.

Sobre el fondo del asunto, la Dra. Paz – y haciendo suyo los fundamentos de la magistrada el Dr. Delgado- propuso –y así se resolvió- "I. *HACER LUGAR al recurso de apelación de la fiscalía y, en consecuencia, REVOCAR la resolución objeto de recurso. II. DEVOLVER el presente al juez de primera instancia para que, con arreglo a lo previsto en el artículo 39, inciso "a", de la Ley 21.526, requiera a las entidades bancarias la información peticionada por la fiscalía…".*

Para arribar a esta solución, la Dra. Paz consideró que *"La hipótesis de investigación delimitada en el auto de fs. 12 del expediente principal, en principio respaldada por las evidencias recogidas, podría encontrar relevancia típica en los términos del artículo 1° de la Ley 24.769 (y su modificatoria según Ley 26.735)".*

*"Ello por cuanto, el objeto de investigación fiscal supone que la firma UBER habría realizado una actividad expresamente gravada por la ley tarifaria (servicio de transporte interurbano de pasajeros, conf. Artículo 63, apartado 9, de la Ley 5723 – Anexo I-) y no habría cumplido con el pago de tributos a esta ciudad – ingresos brutos-, en los ejercicios fiscales 2015 y 2016, más allá de no estar habilitada para hacerlo pues lo cierto es que de estarlo debería haberlos ingresado."*

Considera la Sra. Juez de Cámara, que la medida solicitada por la fiscalía al juez se encuentra

directamente relacionada con el objeto de la investigación, por lo cual, resulta procedente ya que persigue hacerse de información de vital importancia para que A.G.I.P. pueda realizar el procedimiento de verificación y determinación de deuda, logrando con esta información primeramente verificar si la actividad atribuida a UBER constituye un hecho imponible y por ende susceptible de tributar, y en caso afirmativo, determinar el monto de deuda por los períodos contemplados en la determinación los hechos.

Además, consideró que *"no existe impedimento para que el Ministerio Público Fiscal pueda impulsar al mismo tiempo ambas investigaciones"* toda vez que *"si bien la actividad por la que se acusa a UBER en el terreno contravencional se encuentra, a su vez, expresamente establecida como susceptible de ser alcanzada por impuestos locales, las imputaciones investigadas se fundan en principio en diferentes conductas".*

Añade a su postura que: *"Al margen de todo ello, en el supuesto en que se llegase a otra conclusión, en el sentido de la incompatibilidad de la coexistencia de ambas investigaciones en instancias más avanzadas, debiera ser ésta investigación la que desplace a la otra y mantenga vigencia, por imperio de lo previsto en el artículo 15 del C.C. ("…El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional").*

**IV.- CONCLUSIONES**

La Ley 21.526, en su artículo 39, prohíbe a las entidades financieras revelar las operaciones que realicen y las informaciones que reciben de sus clientes. Sin embargo, en su inciso a), establece como excepción los informes que sean requeridos por *"Los jueces en*

*causas judiciales con los recaudos establecidos por las leyes respectivas"*.

En el presente caso vimos los argumentos por los cuales el *a quo* denegó el acceso a la información bancaria de las operaciones pasivas de la firma UBER, que la fiscalía había solicitado en el marco de una investigación penal por la presunta comisión del delito de evasión tributaria simple. Asimismo, nos referimos a las consideraciones en las cuales se basó la Cámara para inclinarse hacia planteo del Ministerio Público.

En nuestra opinión, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas llegó a una solución ajustada a derecho, toda vez que realizó un encuadre jurídico del caso a la luz de la normativa vigente; en primer lugar al considerar escindibles entre sí las investigaciones llevadas a cabo sobre la misma empresa UBER (una de origen contravencional y la otra de origen penal), y además al referir que en última instancia, por aplicación del art. 15 del C.C., el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional (del voto de la Dra. Paz).

Sin embargo, es correcta la actuación del *a quo* al corroborar el estado de ambas investigaciones, ya que si bien éstas se rigen por leyes adjetivas distintas y el bien jurídico que cada una protege es diferente, no debemos perder de vista que estamos ante una circunstancia de excepción al principio establecido en la ley de entidades financieras que prohíbe a dichas entidades revelar las operaciones y las informaciones de sus clientes; sin perder de vista que la empresa investigada por presunto delito de evasión y presunta

violación al artículo 83 del Código Contravencional es la misma.

A pesar de ello, consideramos que lo solicitado por la fiscalía en relación al levantamiento del secreto bancario no es una medida excesiva, toda vez que está en consonancia con el delito que se está investigando –evasión tributaria simple-. Es decir, no constituyó un mero capricho del Ministerio Público solicitar que se haga lugar a la excepción prevista en la norma para poder acceder a la información bancaria de la firma Uber, ya que dicha información guarda íntima relación con el objeto de la investigación sobre el delito de evasión, que la fiscalía pretende seguir adelante.

Opinamos, que resulta acertado lo expuesto por la Cámara respecto a que no hay que confundir lo que es "una actividad con objeto ilícito" de "una actividad con objeto lícito, regulada por la norma, pero llevada a cabo de manera irregular".

Tal circunstancia, es decir, desarrollar una actividad lícita de manera irregular, no la torna por sí en ilícita, y en consecuencia, no podríamos concluir –tal como concluyó el *a quo*- que el producto de dicha actividad son ilegales, porque la actividad en sí no lo es.

Asimismo, en el caso puntual que nos ocupa, aceptar que el dinero proveniente de dicha contravención es dinero ilícito, sería premiar a quien la realiza, no sólo porque la contravención por el hecho de ser tal tiene una sanción mucho menor, sino que además sería conveniente realizarla, ya que impediría a quien la comete incurrir en el delito de evasión tributaria –delito de índole penal, con una sanción en consecuencia, mucho más gravosa-, por considerarse que el dinero

proveniente la contravención es ilícito, y por ende, no susceptible de tributar. En otras palabras, realizar la actividad lícita en forma irregular podría llegar a ser beneficioso para quien la realiza ya que no tributaria sobre el redito de su actividad.

En definitiva, no nos parece desacertado que la fiscalía pueda investigar en forma simultánea por la probable comisión de la contravención del art. 83 del Código Contravencional y evasión simple de impuestos locales sobre las ganancias objetivas ya que, si bien ambas guardan relación, lo cierto es que son diferentes ontológicamente, y obviamente, conforman dos conductas de distinta índole.