

Expediente I.P.P. Nro. doce mil novecientos treinta y ocho.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil quince**, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Ángel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 12.938/I "Incidente de Embargo en el marco de la I.P.P. 20.422/14"**, y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden Barbieri, Soumoulou y Giambelluca (Magistrado este último que intervendrá en caso que se estime corresponder) resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Interponen recurso de apelación I.J.D., R.D.F. y A.B.L., con el patrocinio letrado del Sr. Abogado Particular -Dr. Maximiliano Görg, a fs. 49/51-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental -Dra. Gilda Stempelet, a fs. 44/47 y vta.-, por la que no hizo lugar al embargo del inmueble sito en calle Zelarrayán nro. -, vinculado al fideicomiso "Z-425" del cual los primeros eran fiduciantes adherentes.

Se agravian al considerar que existirían motivos para determinar la

defraudación del administrador fiduciario, S.F. (quien era presidente de la sociedad en la que recaía dicha función) en perjuicio del fideicomiso al que adhirieron los denunciados.

Sostienen que no hay dudas de que el Sr. F. . -quien en su carácter de fiduciante clase "A" se comprometió a transmitir la propiedad del inmueble al fideicomiso- debió haberlo hecho. Expresan que esa omisión, producto de la rescisión contractual que unilateralmente dispuso C., reviste mayor gravedad al haber donado el inmueble a terceras personas, quienes constituyeron un nuevo fideicomiso, siendo esto -a su entender- un intento de vaciar su patrimonio y desbaratar los derechos que tenía el fideicomiso "Z-425".

Explican, que es -justamente- en la responsabilidad que tendría C. por dicha maniobra, lo que justifica la petición, siendo el embargo garantía de los daños ocasionados.

Analizados los argumentos expuestos por los recurrentes y los fundamentos brindados por la Jueza de Garantías, propondré hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución apelada.

Entiendo que a partir de los elementos reunidos, puede sostenerse -con el grado de probabilidad requerido por el art. 146 para el dictado de una medida cautelar- que el Sr. F.C. ha rescindido su participación en el contrato fiduciario Z-425 de forma abusiva, sin satisfacer previamente requisitos que le eran exigibles y habiendo incumplido obligaciones, y dejado de ejercer derechos que legalmente poseía, en su carácter de fiduciante fundador clase "A", retirando del patrimonio contractual el inmueble -cuyo dominio fiduciario se comprometió a transferir bajo el cumplimiento de ciertas condiciones- a través de una donación (sin cargo alguno) a sus hijos, quienes luego transfirieron su dominio fiduciario a un nuevo fideicomiso.

Esos eventos, al ser valorados conjuntamente con otras circunstancias que detallaré, brindan razones suficientes para considerar acreditada la verosimilitud

en el derecho y la apariencia de responsabilidad ilícita requerida para el dictado del embargo que, a la luz del perjuicio denunciado, resultaría proporcional y útil para garantizar los fines del proceso, atento el peligro cierto de frustración que puede inferirse de las conductas realizadas por C. sobre el inmueble involucrado (art. 146 del C.P.P.).

Hago notar que la Sra. Jueza de Garantías consideró que "...existe al menos un estado de sospecha que me permite presumir válidamente que se ha dado a los fondos percibidos y administrados un destino distinto al que estatutariamente correspondía, en perjuicio de todos los fiduciarios adherentes..." (fs. 45 vta.) y que "...existen motivos fundados para suponer que los peticionantes han sido defraudados económicamente..." (fs 46).

Luego agrega que la medida cautelar no se estaría solicitando sobre bienes del presunto autor (a quien identifica con el administrador fiduciario F.), sino sobre el que perteneciera a F.C., y en relación al cual -por su carácter de fiduciante fundador- no habría "...elemento alguno que me lleve a presumir que el Sr. C. ha participado en algún tipo de ardid o engaño, que provocara el desenvolvimiento patrimonial..." (fs. 46). No comparto tal apreciación.

A la luz de los elementos de convicción reunidos, considero que existen razones para considerar -razonablemente- y con el grado de exigencia requerido por el estándar de prueba establecido para el dictado de una medida cautelar, que el sindicado C. podría resultar partícipe (en sentido amplio) de un delito autónomo al que identifica la Jueza, teniendo en cuenta los derechos de terceros que se habrían afectado con sus conductas y sobre los que poseía un compromiso especial, sin que pueda descartarse inclusive alguna intervención en las maniobras realizadas por el administrador fiduciario F., ya sea como integrante de un plan común o mediante una colaboración efectuada en el curso de un accionar ilícito en marcha.

Si bien estas hipótesis deberán investigarse con una mayor profundidad

en el curso de esta I.P.P., a partir de las evidencias reunidas puedo inferir justificadamente una apariencia de responsabilidad ilícita por parte de C., en operatorias que causaron un perjuicio económico a los denunciados, en la medida de sus aportes dinerarios -no menores- al fideicomiso, que se ha cristalizado en la imposibilidad de obtener -en un futuro- los inmuebles por los que abonaron, y de contar con las garantías que surgían del texto del contrato ante un eventual incumplimiento (art. 146 del C.P.P.).

Debe tenerse especialmente en cuenta que el negocio fiduciario realizado, es por sus características un pacto entre diversas partes, guiado fundamentalmente, por la confianza y dirigido a la consecución de un objetivo favorable para los contratantes, en especial para los fiduciantes/beneficiarios.

En esta causa, los fiduciantes -fundador en el caso de C. y adherentes en el caso de los denunciados- eran, también, beneficiarios del contrato. Cumplido el objetivo del fideicomiso, iban a recibir uno de los departamentos integrantes del complejo que se proyectaba realizar a través del fideicomiso "Z-425", administrado por el fiduciario S.F. -en su carácter de presidente de la sociedad D y F- (fs. 261 vta. de la I.P.P. Principal).

La importancia de la confianza entre las partes pone de relieve la relación que debía existir entre los diversos fiduciantes -aún de diferentes clases-, y entre ellos y el fiduciario. Es, a su vez, a la luz de esa confianza y con especial atención en la estructura y en los objetivos del negocio fiduciario que deben analizarse las conductas de los involucrados, en particular la de F.C., teniendo en cuenta tanto las obligaciones y derechos expresamente previstos en el contrato, como también el marco legal que resulta aplicable.

El Sr. C. se obligó mediante la suscripción del contrato, a la transmisión de dominio fiduciario del inmueble ubicado en calle Zelarrayán - de la ciudad de Bahía Blanca, la que -de acuerdo a lo establecido en la cláusula tercera del contrato- "...se

perfeccionará cuando estén incorporados al fideicomiso Z-425 la cantidad de 12 fiduciantes clase "C" (12 unidades locables)...", habiendo hecho entrega de la posesión del inmueble a la administración fiduciaria al momento de la firma del instrumento.

A su vez, en su carácter de fiduciante fundador clase "A", se comprometió a colaborar para simplificar las acciones tendientes a la adhesión de fiduciantes y "...en particular, para la tramitación del expediente municipal...".

En ese contrato se prevé el desarrollo del negocio fiduciario y del emprendimiento en diversas etapas, a las que se corresponden distintas obligaciones y derechos de las partes que lo integran. También se encuentran especificadas, entre otras cuestiones, las causas de extinción del fideicomiso y el procedimiento para llevarla cabo, de acuerdo al grado de avance del proyecto.

Resulta particularmente relevante destacar, para analizar los planteos traídos ante esta segunda instancia, que dentro de las pautas para la ejecución del emprendimiento, previstas en la cláusula vigésimo séptima, se identifica una "Etapa 1: preparación del proyecto y aprobaciones: un (1) año a partir de la fecha del presente" y una "Etapa 2: comercialización: dieciocho (18) meses a partir de la firma del presente..." (fs. 269 vta./270 de la I.P.P. Principal).

Asimismo, deben tenerse en cuenta las cláusulas 30 y 31, sobre extinción del fideicomiso, en cuanto prevén que el contrato se extinguirá "...1) por el cumplimiento del plazo o condición, 2) por imposibilidad de la ejecución del proyecto constructivo motivada en prohibiciones de tipo administrativo, jurídico, o cualquier otro motivo que haga realmente imposible la concreción de la obra por causa no imputable a ninguna de las partes, 3) por las causas generales de extinción de los contratos..." y, especialmente, en cuanto se dispone "...En caso de que la extinción del fideicomiso se produjera con anterioridad a la transmisión del dominio fiduciario, el fiduciante clase "A" quedará de pleno derecho relevado de dicha obligación traslativa

de dominio y el Administrador Fiduciario deberá restituir la posesión del inmueble en las condiciones en que fueran entregado..."

Es con base a esas previsiones contractuales que puede considerarse que la rescisión contractual de F.C. no se habría realizado en legal forma, en tanto no existe en el contrato una cláusula que expresamente autorice a dicha rescisión unilateral por fuera de las causas y del proceso de extinción del fideicomiso.

La ausencia de un previsión similar resulta coherente con el carácter asociativo, guiado por un fin determinado, propio de los negocios fiduciarios y, también, con los restantes intereses que se encontraban involucrados en el contrato -en especial los de los fiduciantes clase "c"- que quedarían completamente huérfanos de tutela de no seguirse las pautas extintivas acordadas. Máxime, si por la rescisión unilateral se retira la posibilidad de contar con el inmueble donde se desarrollaría el proyecto y que, es, a su vez, un parte fundamental del respaldo económico del contrato de fideicomiso.

Ahora bien, como puede observarse a fs. 343/347 en las cartas documento aportadas por F.C., el nombrado no ha seguido ninguna de las previsiones contractuales para la extinción del fideicomiso. Por el contrario, se ha limitado a considerar que la falta de cumplimiento, en tiempo oportuno, de las obligaciones que correspondían al administrador fiduciario en el marco de la etapa 1 -de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula nro. 27- eran razones suficientes para autorizar su rescisión unilateral.

El curso de acción seguido por el denunciado no encuentra respaldo expreso en ninguna cláusula contractual, e incumple -en referencia a los trámites del expediente municipal que estaban pendientes- las obligaciones asumidas por el fiduciante fundador de colaborar en dicha tramitación.

Esa rescisión unilateral, confronta también, otros posibles cursos de acción legal que se le imponían, en caso de no procurar la extinción del fideicomiso

según la pautas acordadas en las cláusula 30 y 31 del contrato; ya que pudo haber recurrido a la remoción judicial del fiduciario, si este no cumplía con sus obligaciones (art. 9, inc. a, ley 24.441), o -previa autorización judicial- al ejercicio por sí mismo de las acciones que correspondan en defensa de los bienes afectados (Art. 18 ley 24.441).

Asimismo, habiendo el fiduciante fundador otorgado la posesión del inmueble al fideicomiso "Z-425", no correspondía que la recobrar unilateralmente mediante vías de hecho y sin el consentimiento del fideicomiso constituido (del cual además también era beneficiario), que posee -jurídicamente- una personalidad distinta de su administrador fiduciario; sino que debió procurar que le fuera restituido en legal forma ese patrimonio de afectación, máxime cuando el contrato expresamente hace referencia a esas cuestiones al abordar lo relativo al extinción del fideicomiso, previendo que la posesión será restituida una vez que se tenga por relevado al fiduciante de su obligación de transmitir el dominio fiduciario del inmueble.

Es así que, con base a los elementos de convicción reunidos, puede razonablemente considerarse que el Sr. C. omitió seguir diversos cursos de conducta que se le imponían por el contrato y por el marco legal que regula los negocios fiduciarios, habiendo, incluso, soslayado por completo verificar o consultar si se encontraba cumplida la condición prevista en la cláusula 3 del contrato (la adhesión de 12 fiduciantes clase "c") y si, en consecuencia, estaba efectivamente obligado, en ese tiempo, a perfeccionar la transmisión de dominio a la que se había comprometido.

Nada autorizaba a F.C. a creer -en ese momento- que las condiciones de perfeccionamiento de su obligación no estaban satisfechas, no habiendo tomado ningún recaudo para verificar el estado de cumplimiento de esa condición.

Como puede verse a fs. 345 y a fs. 347, no efectuó ninguna consulta respecto de si las condiciones pactadas estaban satisfechas y, sin agotar las

posibilidades para obtener dicha información, rescindió unilateralmente el negocio y recobró por sí la posesión del inmueble, perjudicando los derechos y los intereses de los restantes fiduciantes que habían adherido al proyecto inmobiliario del que era fundador y beneficiario.

A esto agrego que ese inmueble aparece -en mi sentir- sospechosamente donado desde el año 2008 (digo ello porque me llama la atención una donación varios años antes de creación del fideicomiso con S.F., sin haber averiguado que dicha oferta no hubiera sido aceptada), lo que es reforzado por el extremo de ser aceptada en forma intempestiva (luego de la rescisión unilateral de F.C.) por sus hijos y en la misma fecha celebrando un nuevo fideicomiso, efectivizando en la misma ocasión la transmisión registral del dominio fiduciario. A ello aduno como otro elemento de sospecha que en ambos actos (aceptación de la donación y nueva constitución de fideicomiso) F.C. aparece celebrando los actos jurídicos en representación de dos de sus hijos.

Especificando. F.C. envió -en fecha 3 de septiembre de 2013- una carta documento en la que puso en conocimiento del administrador fiduciario su rescisión contractual unilateral y su decisión de recobrar la posesión cedida al fideicomiso.

El día 11 de junio de 2014, tres hijos de F.C., dos de ellos representados por él mismo, en virtud de un poder especial otorgado, aceptaron la oferta de donación que su padre les habría realizado en el año 2008 -cuatro años antes de celebrar el contrato del fideicomiso Z-245- (fs. 330/331 vta.) y, ese mismo día, esas personas y el Sr. J.L.D. constituyeron un nuevo fideicomiso, con nombre Ginko I, con el objeto de desarrollar un proyecto inmobiliario sobre el inmueble (el mismo cuya posesión le diera oportunamente a S.F.), transmitiendo en ese acto la propiedad fiduciaria al nuevo fideicomiso, que administraría el Sr. D., tornando -por lo menos- litigiosos los derechos de los denunciados.

Señalo, sobre estas circunstancias, lo llamativo que resulta que hubiera

existido una oferta de donación sobre el inmueble en cuestión que datara de mucho tiempo antes de que F.C. participara como fiduciante fundador del fideicomiso "Z-425", comprometiéndose a la transmisión del dominio fiduciario del mismo, y las complejidades que esto aparejaba para el cumplimiento de sus nuevos compromisos, ya que -al no deshacer la oferta de donación- siempre se encontraba latente una imposibilidad potencial de cumplir con el objeto de su obligación, en caso de que los donatarios la aceptaran en el curso del desarrollo del negocio fiduciario y antes de la transmisión del dominio.

Tal como posteriormente ocurrió, incluso con la intervención de F.C. como representante de dos de los donatarios, la sola aceptación de la oferta realizada en el año 2008 resultó suficiente para pasar a terceros el dominio del bien sobre el que versaban las obligaciones asumidas por el denunciado para con el fideicomiso Z-425, consolidando el perjuicio sufrido por los fiduciantes adherentes que abonaron dinero por las unidades funcionales que se proyectaba construir. Esa maniobra se evidencia como un claro intento de sustraer al inmueble en cuestión del patrimonio del Sr. C. en perjuicio de las garantías de los participantes del fideicomiso Z-425.

Por otro lado, es relevante tener en cuenta que -a fs. 216- obra una carta documento enviada a F.C., en fecha 24 de septiembre de 2014, en representación del grupo de fiduciantes clase "C" adherentes al fideicomiso Z-425, en la que ponen en conocimiento del nombrado que se encontraba satisfecho el número de fiduciantes adherentes establecido como condición para que él perfeccione la transmisión de dominio a la que se había comprometido, y por la que le solicitan que se abstenga de realizar cualquier acto de disposición o enajenación sobre el inmueble afectado a los fines del fideicomiso.

A fs. 219 luce una carta documento en que los fiduciantes adherentes ponen en conocimiento de C. la decisión de efectuar una denuncia penal por los actos de disposición que habría realizado sobre el inmueble en favor de sus hijos. A fs. 221

luce una misiva similar remitida a J.R.C., quien sería uno de los hijos del denunciado que aceptó la oferta de donación realizada por su padre y que participó en forma prácticamente inmediata de la constitución de un nuevo fideicomiso para realizar un proyecto inmobiliario sobre ese inmueble. También obra, a fs. 218, una carta documento enviada -en representación de dichos fiduciarios adherentes- al administrador fiduciario del fideicomiso "Ginko I" que se habría constituido para desarrollar un emprendimiento inmobiliario sobre el inmueble en disputa, ubicado en calle Zelarrayán - de Bahía Blanca.

A fs. 222, 223 y 224 se encuentran las respuestas remitidas por F.C. y R.C., en las que desconocen la representación invocada respecto de los fiduciantes clase "C" del fideicomiso "Z-425" y la existencia de dichos representados. Al respecto, considero inverosímil que luego de su participación como fundador de ese fideicomiso, F.C. no supiera de los diferentes aportes de los fiduciantes clase "C" y de los intereses que estaban involucrados. Y aún en tal caso que no se hubiera preocupado por averiguar tal importante extremo, es llamativo que al ser intimado fehacientemente sólo se dedicó a negarles representación (al abogado que los patrocinaba) y existencia (a ellos mismos).

Por estas razones, considero que existen elementos de convicción suficientes para considerar acreditada la apariencia de responsabilidad penal de F.C. -requerida por el art. 146 para justificar la verosimilitud del derecho necesaria para el dictado de la medida cautelar peticionada-, encontrándose abastecido el inc. 2do. de dicho artículo, el que se advierte del conjunto de operaciones y actos jurídicos realizados para sustraer el inmueble comprometido, no sólo del patrimonio del fideicomiso Z-425, sino del propio, al haberlo donado (en fecha que debería ser materia de investigación) y a través de la constitución de un nuevo fideicomiso, al que se le transfirió el dominio fiduciario. Asimismo, la medida resulta proporcional a los intereses que se encuentran en disputa y que se busca tutelar; por lo que propongo

disponer el embargo peticionado.

En relación al fideicomiso Ginko, que actualmente tendría el dominio fiduciario del inmueble, considero que dado que no existen constancias de que se hayan incorporado a él nuevos fiduciantes más allá de los hijos del Sr. F.C. -a quienes se donó gratuitamente el inmueble que en última instancia fue transmitido a dicho patrimonio de afectación-; no se encontrarían en juego intereses legítimos de terceras personas que pudieran afectarse con el dictado del embargo solicitado. Sin perjuicio de que la medida es provisoria y puede ser variada en caso de que existieran terceros interesados de buena fe.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto, a fs. 49/51, revocar la resolución de fs. 44/47, y disponer el embargo preventivo peticionado, debiendo remitirse a primera instancia el incidente a fin de que se dicte la medida cautelar solicitada previa fijación de la contracautela que se estime corresponder.

Ello deberá ser efectuado por juez hábil, y siendo que advierto que la Sra. Jueza de Garantías interviniente ha emitido opinión sobre el fondo de las cuestiones a decidir, con términos absolutos que demuestran una postura personal que dificultaría la continuación de su rol en el devenir de la I.P.P., es que propongo que el nuevo juez sorteado continúe el trámite del incidente y de la principal (art. 146, 421, 439 y ccdtes. del C.P.P.).

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 49/51, revocar la resolución de fs. 44/47, y disponer el embargo preventivo peticionado, debiendo remitirse a primera instancia el incidente a fin de

que juez hábil dicte la medida cautelar solicitada previa fijación de contracautela en caso de que considere corresponder, debiendo además continuar el trámite de este incidente y de la causa principal.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, diciembre 4 de 2.015.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL,** **RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 49/51, revocar la resolución de fs. 44/47, y disponer el embargo preventivo peticionado, debiendo remitirse a primera instancia el incidente a fin de que juez hábil dicte la medida cautelar solicitada, previa

fijación de contracautela en caso de que se considere corresponder, y continúe con el trámite del incidente y de la principal (art. 146, 421, 439 y ccdtes. del C.P.P.).

Notificar a los apelantes, atento a que la decisión ha sido peticionada, resuelta y recurrida inaudita parte. Cumplido remitir a la instancia de origen.