

Expte nro. quince mil seicientos siete.

Número de Orden: _____

Libro de Interlocutorias nro. _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, 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 y Guillermo Alberto Giambelluca** (artículo 440 del C.P.P.), para resolver en la I.P.P. nro. 15.607/I caratulada: "**G.,C.R. s/ defraudación por administración fraudulenta**" prescindiéndose del sorteo previsto en la ley 5.827, atento la prevención ya operada, manteniéndose aquel orden de **votación Barbieri y Giambelluca**, procediendo los mencionados Magistrados al estudio de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 423/425 y vta. interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 13 con sede en la ciudad de Tres Arroyos -Dr. Carlos Facundo Lemble-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez

de Garantías -Dr. Alberto Daniel Gallardo-, por la que dispuso el sobreseimiento total del imputado C.R.G..

Se agravia por considerar que se encontraría debidamente acreditado el elemento subjetivo requerido por el tipo penal enrostrado, y que ello podría justificarse teniendo en cuenta las "...conductas del sujeto activo, inmediatamente anteriores y posteriores al hecho ilícito...". Resalta, como determinante, que el procesado finalizó todos los departamentos menos el loft, ubicado en los pisos 10 y 11 del edificio, el cual es reclamado por la denunciante. Sostiene que si el mismo le perteneciera, lo hubiera culminado y vendido, siendo que no lo finalizó y lo transfirió a su hijo tratando de sacarlo de su patrimonio.

Afirma que en modo alguno la escritura firmada el 24 de agosto de 2011, modifica las obligaciones asumidas por el nombrado, pues esa variación debió haberse contemplado específicamente, lo que no ocurrió, y ello se advierte del extremo de que nunca fue motivo de discusión, al menos hasta que se realizaron las maniobras fraudulentas detectadas por los beneficiarios.

Expresa que del contenido de la carta documento enviada por G.a a Los Dragos S.A. se advierte que el imputado sabía que debía entregar el loft a ese beneficiario, en tanto "...da cuenta de los detalles de construcción del loft defendiendo la calidad de la misma..." y que si no hubiera tenido la obligación de entregarlo, no debió haberse visto obligado a defender su calidad constructiva.

Destaca que dentro del acuerdo de partición de los bienes a recibir entre los beneficiarios del fideicomiso, se reconoce que para el fideicomiso Administración

Diresa (cesionario de Los Dragos S.A.) corresponde el loft en cuestión, identificado como U.F. 28.

Por último expresa que, no existiendo certeza negativa -conforme requiere el artículo 323 inc. 3ero.- no corresponde el dictado del sobreseimiento. Solicita revocación.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo el rechazo del recurso y la confirmación del sobreseimiento dictado.

Entiendo que las circunstancias y conductas del justiciable que remarca el impugnante, no son suficientes para acreditar la existencia del elemento subjetivo requerido por el tipo penal del artículo 173 inc. 12do.

Del análisis de la evidencia reunida, puede considerarse razonable que el imputado hubiera entendido que no debía entregar ese inmueble, no habiendo la acusación aportado pruebas que permitan rechazar esa versión; no se acreditó que G. supiera que el la U.F. 28 objeto de disputa, correspondiera al fiduciante Los Dragos S.A. y que voluntariamente la hubiera adjudicado a otro fiduciante (en este caso, a su hijo A.G.D.), defraudando al supuesto verdadero titular.

Destaco que el primer contrato al que se alude en la denuncia, celebrado el 19/07/2011, en el cual se plasmó -en la cláusula séptima- el compromiso de entrega de ese loft ubicado en los piso 10 y 11 junto a una cochera con baulera, fue firmado por M.P.B. y por J.M.B. como representantes de Los Dragos S.A., en su carácter de fiduciante del fideicomiso "fuerteventura" por un lado, y por G., por el otro.

Esas mismas personas fueron las firmantes -junto a otros- del contrato celebrado el 24/08/11, en cuya cláusula séptima se establece la obligación de G. de entregar otras unidades funcionales, sin que se haya identificado entre ellas al loft y sin que haya ninguna referencia al primero de los contratos firmados, ni a la obligación plasmada en él. Ello respalda la visión del Juez A Quo.

Ante las discordancias entre los contratos, en especial la falta de inclusión -en el último- del loft junto a la cochera con baulera, dentro de los inmueble que debía entregar G. a los "fiduciantes originarios"; no resulta irrazonable la creencia (que ha manifestado el imputado al prestar declaración) respecto de que el objeto de la obligación había cambiado; no existiendo elementos de convicción que desvirtúen tal afirmación, ni que evidencien un conocimiento distinto por parte del encartado, tal como el que sería necesario para justificar la acreditación del elemento subjetivo requerido por la defraudación intimada.

Incluso, ante la ausencia de otras evidencias, la hipótesis de que efectivamente el contenido de la obligación se modificó, posee una solidez digna de ser destacada, lo que podría implicar (antes bien) la falta de acreditación del tipo objetivo del delito imputado (y no sólo la del tipo subjetivo como lo expresara el A Quo).

Nótese que el escribano actuante en la certificación de firmas del acuerdo celebrado el 19/07/2011 lo calificó como "...contrato de compromiso de renovación de fideicomiso con nuevo fiduciario..." (fs. 19 vta.); y al segundo, firmado el 24/08/11 como "...renovación del contrato de fideicomiso con nuevo

fiduciario..."; lo que respalda la razonabilidad de la interpretación ofrecida por García (a fs. 260/262 y vta.), respecto de que han sido las obligaciones asumidas en el último contrato aquellas con las que debía cumplir y no las anteriores al haber sido modificadas en el último acuerdo.

Destaco, en ese mismo sentido, que ha sido recién en el contrato firmado en fecha 24/08/11, que todos los fiduciantes originarios -tanto los Dragos S.A. como aquellos representados por J.D.B.- prestaron "...su total conformidad para la constitución como nuevo administrador fiduciario del Sr. G...." y aceptaron renovar el contrato de fideicomiso por el plazo de 60 meses (ver. 28 vta.). Nada de ello consta en el primero de los contratos invocado por los denunciados, el que recuerdo y reitero, no fue celebrado con la participación de todos los fiduciantes, sino solamente por Los Dragos S.A. y G..

Considero entonces que los argumentos expuestos por el impugnante, no alcanzan para justificar la existencia del dolo que pretende adjudicar al actuar de G..

Y no puede extraerse esa voluntad (como lo propone el recurrente) del contenido de la carta documento emitida por G. y que obra a fs. 352/355. La explicación ofrecida por el imputado, como fiduciario, se corresponde cabalmente con sus funciones y su deber de informar a los fiduciantes sobre el devenir de la obra, con independencia de cuáles fueran las unidades funcionales que correspondieran a cada uno de ellos; en tanto su responsabilidad implica el desarrollo adecuado de toda la obra -como un conjunto- para el cumplimiento

de los objetivos plasmados en el contrato: la construcción del edificio y su afectación al régimen de propiedad horizontal.

A ello agrego que no se han acompañado otras cartas documento intercambiadas, en especial aquella que motivara la respuesta de G., por lo que se desconoce cuáles fueron los términos y reclamos que se le formularon, y a los que habría contestado en la misiva obrante en autos.

Sumo a ello que la falta de recepción de prueba testimonial, en especial de las personas que han celebrado los negocios jurídicos con G., ha impedido obtener información más abundante y precisa sobre las razones por las que se firmó cada uno de los contratos y el porqué de la ausencia o presencia de algunos de los fiduciantes en ellos, como sobre los alcances de cada uno de esos acuerdos.

Contar con esas declaraciones hubiera permitido, tal vez, tener una mejor comprensión de la forma en que ocurrieron los hechos y de las razones en las que fundaban su posición los denunciantes, para sostener que G. tenía pleno conocimiento de su compromiso de entregar, además de lo acordado con todos los fiduciantes originarios al renovar el fideicomiso, lo pactado en el contrato primigenio firmado exclusivamente con los Dragos S.A. También podría en tal caso haber aportado algún elemento demostrativo de que G., contando con un conocimiento efectivo de su obligación, igualmente hubiera adjudicado parte de los inmuebles a otro fiduciante adherente.

Por las razones que expuse y valorando armónicamente lo que surge de los elementos de convicción reseñados, considero que los mismos no son suficientes como para tener por acreditado a esta altura -y con el grado de probabilidad

exigido por el art. 337 en relación con el art. 157 del C.P.P.- el dolo requerido por el tipo penal del artículo 173 inc. 12do.

Ante la insuficiente probatoria destacada y con el fin de justificar debidamente los efectos de la presente resolución, debo aclarar -siguiendo lo resuelto en esta Sala en la causa nro. 9899/I del 31/05/2012- que el Código de Procedimiento Penal de este Estado, al instituir en su título VI el denominado control de la imputación -o etapa intermedia por encontrarse ubicada entre la investigación penal preparatoria y el juicio-, establece que una de las principales funciones que debe realizar el Juez de Garantías o la Cámara de Apelaciones es evitar que lleguen a plenario causas que impliquen un dispendio de actividad jurisdiccional.

Así la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones que posean defectos (control formal), o que se encuentren insuficientemente fundadas (control material).

El artículo 337 del C.P.P. establece que "...el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciera lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa..." (primer párrafo), agregando: "...cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de juicio o juez correccional en su caso..." (tercer párrafo).

No hay dificultad interpretativa de la normativa procesal en lo tocante al párrafo tercero, pues ese control es a pedido de parte, salvo causales de nulidad (control

formal), claro está. Distinta es la solución cuando hubiere oposición de la defensa.

Cafferata Nores explica que la "...ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio o avance o conclusión del proceso, a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez (órgano judicial) en relación con la verdad que se pretende descubrir..." (cfr. "La Prueba en el Proceso Penal", 3era. Edición. Editorial Depalma, pág. 9); digo así que el grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia conocido por de probabilidad positiva- está establecido en el art. 157 del C.P.P., estándar al que remite el art. 337 -primer párrafo- de ese cuerpo normativo.

Es a la luz de las pautas de valoración establecidas por el legislador, que entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre el dolo requerido por el tipo penal del artículo 173 inc. 12do. del C.P. (art. 209, 210 C.P.P.), resultando un supuesto encuadrable en la causal de sobreseimiento normada en el inc. 6to. de ese artículo.

Como he expuesto en el fallo citado precedentemente, entre otros, considero que esa solución genera para el sistema el beneficio de evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el imputado el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), respetando su derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio

legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

La situación procesal de G. se corresponde -prima facie- con lo dispuesto en ese inciso 6to., que expresamente prescribe esta falta de elementos suficientes como para pasar a la próxima etapa (carencia de probabilidad positiva, contracara del art. 157), siendo uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

Ahora bien, el inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida. El primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que se da en esta causa, siendo que G. prestó declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. el día 10 de junio de 2016 y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada en fecha 3 de agosto de 2017, habiendo sido incluso rechazado -a fs. 397- el pedido de prórroga formulado por el Sr. Agente Fiscal, que no recurrió esa decisión; por lo que han transcurrido los plazos previsto por el art. 282 del Código de Rito.

El otro requisito exigido por el art. 323 inc. 6to. es que no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo. Ello puedo concluirlo pues no existe ningún elemento aportado por el Ministerio Público Fiscal que permita considerar -con base objetiva en las constancias de la causa a la luz de la sana crítica racional-, que en un futuro pudieran incorporarse nuevos elementos de cargo -y diferentes de los ya colectados-.

Ello, en tanto que la Fiscalía no ha procurado ampliar el plexo probatorio más allá de la prueba documental ofrecida por los denunciantes, sin recibir

declaraciones testimoniales ni procurando otros medios probatorios; tampoco ha expuesto qué probanzas no habría sido posible recabar en esta etapa. Esa mengua de conocimiento y esa ausencia de producción probatoria oportuna no puede ser interpretada en contra del imputado.

Nótese que incluso el representante de los denunciantes -a fs. 357-, expresó que consideraba innecesario realizar nuevas medidas de prueba, habiendo limitado, a los elementos que ofrecía en respaldo de los hechos que denunciaba a los ya obrantes en la causa, sin ofrecer nuevas evidencias que pudieran brindar una mayor solidez a la hipótesis de la acusación; en especial en lo que hacía al dolo exigido para tener por configurada la defraudación por la que se acusaba a G..

Propongo entonces rechazar la apelación deducida y mantener el sobreseimiento del nombrado (art. 323 inc. 6 del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO:

Adhiero al voto del Doctor Barbieri, por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar el auto recurrido de fs. 414/419 de la presente causa.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO:

Adhiero al voto del doctor Barbieri.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 26 de Marzo de 2018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justa la resolución apelada de fs. 414/419.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE: RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto por el Señor Agente Fiscal -Dr. Carlos Facundo Lemble-, **CONFIRMÁNDOSE** en todas sus partes el auto de fs. 414/419 de estos obrados.

Remitir al Juzgado en lo Civil y Comercial nro. 2 de Tres Arroyos, el expediente nro. 42.142 caratulado "Fideicomiso de Administración Diresa c/ G.,C.R. s/ Diligencias preliminares".

Notificar.

Fecho, remitir a la instancia de origen a sus efectos.