

Expediente nro. dieciocho mil cien

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, habiendo deliberado (en los términos de las Resoluciones y Acordadas de la S.C.B.A. N° 480/20, N° 535/20 y N° 558/20, en su parte pertinente conf. Res. N° 593/20) los Sres. Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca, integrada por Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución en la I.P.P. n° 18.100/I seguida a "**C. S/ DEFRAUDACIÓN POR RETENCIÓN INDEBIDA Y POR ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA EN CONCURSO REAL**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden Barbieri y Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Resultan admisibles los recursos interpuestos ?

2º) ¿ Es justa la resolución de fs. 476/478 vta. ?

3º) ¿ Es justa la resolución que hizo lugar a la nueva prueba testimonial ofrecida durante el debate ?

4º) ¿ Es justo el veredicto condenatorio y sentencia de fs. 742/754 vta. ?

5º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

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

El Señor Codefensor Particular del encausado C., interpone recurso de apelación contra la resolución del Sr. Juez en lo Correccional N° 1 Departamental –Dr. José

Luis Ares- que no hizo lugar a la excepción dilatoria planteada al considerar que no existía cuestión prejudicial, lo que fue tenido como protesta de recurrir el fallo definitivo. Así las cosas, el señor abogado codefensor del procesado C., solicita se resuelva la misma en el presente (fs. 813), cuestionando la argumentación efectuada por el aquo en torno al alcance de los arts. 67 primera parte del C.P. y 10 del C.P.P., respecto de la existencia de cuestión prejudicial. Esa porción resulta admisible por haber sido oportunamente planteada.

Asimismo, durante la audiencia de debate oral concretada en el marco de la causa que me ocupa, el Señor Codefensor particular formuló protesto contra la resolución del Sr. Juez de grado (tomada durante la celebración del juicio oral y público), que admitió como producción de nueva prueba –en los términos del Art. 363 del ceremonial-, el testimonio de A.. Ello por considerar que la petición de nueva prueba fue "enmascarada" en una suerte de situación excepcional para suplir la negligencia del Ministerio Público Fiscal y del Particular Damnificado, concluyendo que la aceptación de la producción de esa nueva prueba, vulnera el debido proceso y el derecho de defensa. Ello también resulta admisible y por ende debe ser tratado en el fondo de lo planteado en este momento procesal.

Finalmente, también se agravia el señor codefensor particular, Dr. Juan Francisco Carnero a fs. 796/820 vta. de los presentes obrados, contra el veredicto condenatorio y sentencia de fs. 742/754 vta. dictado por el entonces Juez en lo Correccional Nro. 1 Dptal. -Dr. José Luis Ares-, que dispuso condenar al procesado C. como autor penalmente responsable de los delitos de defraudación por retención indebida y administración fraudulenta, en concurso real, cometidos en esta ciudad los días 4 y 22 de abril de 2013, 10 de octubre de 2012, 4, 12 y 22 de marzo de 2013, en perjuicio de la empresa T., a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, con la obligación por el término de dos (2) años de fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados, y realizar cincuenta (50) horas de trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo, según lo establezca oportunamente el señor Juez de Ejecución Penal, bajo apercibimiento –en caso de

incumplimiento- de no computar en todo o en parte el plazo transcurrido, y de persistir o reiterarse el incumplimiento, revocar la condicionalidad de la condena, con más las costas del proceso (arts. 26, 27 bis incs. 1 y 8, 29 inc. 3, 40 y 41 del Código Penal; 375 inc. 2, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Alegó errónea valoración de la prueba producida en el debate oral e incorporada por lectura, solicitando revocación y absolución de su asistido; ello fue interpuesto en debido tiempo y forma, conteniendo las indicaciones de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo posible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 429, 439 2º párrafo, 441 2º párrafo según Ley 13812 y 442 del Código Procesal Penal).

Con esos alcances, respondo por la afirmativa.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:
como adelantara al tratar la cuestión anterior, el señor codefensor particular del encausado C., interpuso oportunamente recurso de apelación contra la resolución del Sr. Juez en lo Correccional Nº 1 Departamental –Dr. José Luis Ares- que no hizo lugar a la excepción dilatoria planteada por el letrado, aduciendo cuestión prejudicial; recurso que fue declarado inadmisible y tenido como protesto de recurrir el fallo que oportunamente se dictara. En virtud de ello y siendo este el momento oportuno para dar tratamiento a dicha cuestión, el señor abogado codefensor del procesado C., solicita se resuelva la misma en el presente (fs. 813).

En primer término, no puedo dejar de advertir la escueta enunciación de los motivos de agravio efectuada por el recurrente, déficit este que podría conllevar su inadmisibilidad. Sin embargo, dados los derechos en pugna y a fin de garantizar el derecho de defensa del imputado, propongo darle tratamiento en el fondo del asunto.

Adelanto que coincido con el A Quo en tanto este caso no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 10 del C.P.P.

Cierto es que el principio general es el de la no prejudicialidad, esto es, que los jueces deben resolver todas aquellas cuestiones que se susciten en el proceso, aún cuando deba decidir respecto de cuestiones ajenas al fuero y ello, con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria del proceso, en exceso del plazo razonable que éste debe tener.

Se ha señalado –en posición que comparto- que no debe confundirse la cuestión prejudicial, en la que es necesario que en el marco de un proceso judicial específico y distinto del penal, otro Magistrado se expida en relación a una determinada cuestión jurídica para poder avanzar con el proceso penal; con la cuestión litigiosa sobre las cualidades de un sujeto a los efectos de poder ser considerado éste como sujeto activo o pasivo de un delito determinado. Ello, en tanto en el propio juicio penal, como todo proceso de conocimiento, podrá ser discutida dicha calidad, sin necesidad de que el mismo sea suspendido (Schiavo, Nicolás. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Análisis doctrinal y jurisprudencial).

En el caso que me ocupa, la sentencia firme que se adopte en el marco del juicio laboral iniciado por el encausado, constitúa en definitiva un hecho futuro e incierto, que no obligaba al órgano que debía celebrar el juicio oral y público en esta Sede. Aunque, aclaro, nada obsta a que –aún no estando firme- se pudieran valorar lo actuando en el juicio laboral, inclusive lo resuelto en aquella sede si hubiera sido ofrecido e incorporado temporalmente por los intervenientes procesales.

Igualmente aclaro que a la fecha ya existe pronunciamiento favorable a los intereses del aquí procesado (en cuanto a la cuestión laboral) en aquella sede, lo que adunado a la solución definitiva que he de proponer conllevan a que este agravio resulte abstracto.

Respondo por la afirmativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

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

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

Durante la audiencia de debate oral concretada en el marco de la causa que me ocupa, el Señor codefensor particular formuló protesto contra la resolución del Sr. Juez de grado, que admitió como producción de nueva prueba –en los términos del Art. 363 del ceremonial-, el testimonio de A.. Señaló el representante técnico del encausado que no correspondía la incorporación, pues no se trataba de una “nueva prueba”, sino que en otras instancias procesales ya se había hecho referencia a la persona de ese testigo e, incluso, el testimonio del mismo había sido ofrecido por la propia defensa del encausado. Entendió que a partir de dicha resolución, se permitió introducir la declaración de una persona “interesada en el resultado del proceso”, que no hubo igualdad de armas entre las partes durante el debate y que al resolver la admisión, el Juez de grado no valoró debidamente los fundamentos expuestos por el Ministerio Público Fiscal.

Adelanto que propondré al acuerdo el rechazo de este planteo, en primer término por considerar que la declaración de A., más allá de si se trataba de una prueba conocida -o no-, sin dudas se "hizo indispensable"; es que acreditado que el nombrado cumplía un rol fundamental en la sociedad supuestamente daminificada, su declaración era relevante. El rol de casi "dueño" de esa empresa de transporte, más allá de que su nombre fuera "oculto" por razones impositivas o inhabilitaciones previas, no significaba que sus "manejos" no fueran de vital importancia para conocer de manera más fiable, los acontecimientos en juzgamiento.

Por si ello fuera poco, el Señor Codefensor no ha sabido dar razón del agravio en concreto que le ocasionaba la incorporación de esa testimonial, ni qué defensas se vio privado de ejercer, a partir de dicha resolución judicial. Un agravio requiere

un perjuicio, entendido éste de manera amplia, si se quiere como un elemento contrario a los intereses que se quieren hacer prevalecer; y aquí no lo advierto.

Digo ello, por cuanto una vez aceptada la producción de la testimonial, todas las partes tuvieron oportunidad de examinar al testigo y controlar la recepción de su declaración. Y, tan válido ha sido su testimonio para la propia defensa, que de sus dichos se ha dejado expresa constancia en el acta de debate, a instancia de aquella parte.

Para finalizar, debo señalar que el valor cargoso que el defensor particular presumió que el Sr. Juez de grado otorgaría a dicho testimonio, en definitiva no ha sido tal. Señalo ello, puesto que el propio Magistrado al resolver ha dejado a salvo la opinión que le merecía el testimonio de A. y el tratamiento que le ha dado al mismo como prueba de cargo se vislumbra como tangencial en relación a las restantes probanzas que tuviera en cuenta para tener por acreditada la materialidad delictiva y la responsabilidad penal del encausado C., en los hechos materia de controversia.

Respondo entonces por la afirmativa.

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

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

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

También dirige sus agravios el Señor Codefensor particular, Dr. Juan Francisco Carnero a fs. 796/820 vta. de los presentes obrados contra el veredicto condenatorio y sentencia de fs. 742/754 vta. dictado por el entonces Juez en lo Correccional Nro. 1 Dptal. -Dr. José Luis Ares-, que dispuso condenar al procesado como autor penalmente responsable de los delitos de defraudación por retención indebida y administración fraudulenta, en concurso real, cometidos en esta ciudad los días 4 y 22 de abril de 2013, 10 de octubre de 2012, 4, 12 y 22 de marzo de 2013, en perjuicio de la empresa T., a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional, con la obligación por el término de dos (2) años de fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados, y realizar cincuenta

(50) horas de trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo, según lo establezca oportunamente el señor Juez de Ejecución Penal, bajo apercibimiento –en caso de incumplimiento- de no computar en todo o en parte el plazo transcurrido, y de persistir o reiterarse el incumplimiento, revocar la condicionalidad de la condena, con más las costas del proceso (arts. 26, 27 bis incs. 1 y 8, 29 inc. 3, 40 y 41 del Código Penal; 375 inc. 2, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Denuncia errónea valoración probatoria efectuada por el señor Juez en lo Correccional, respecto de aquella producida en el debate, la que habría interpretado de manera subjetiva y arbitraria, en torno a las cuestiones tendientes a determinar la verdadera relación de su asistido con la empresa T..

Entendió errado el razonamiento del Juez respecto del rol que el Sr. C. cumplía dentro del Transporte, concluyendo que era “socio y administrador”.

Consideró que resultaba llamativo que el Juez de Grado no valorara que en la conformación del T.. no están incluídas las personas que efectivamente tienen la titularidad y administración de la misma, en concreto, A., respecto de quien – argumenta el Sr. Defensor particular- todos los testigos refirieron que él era el dueño, que manejaba el dinero y dirigía el transporte.

Así también, cuestiona el valor probatorio que el A Quo asignara al intercambio epistolar que se produjo entre el imputado y los representantes de la firma, entendiendo que tales misivas no demostraban que la calidad que detentaba en la sociedad el procesado, fuera el de socio-gerente, sino que de la lectura conjunta de dicha documentación, se advierte que C. “...actuó con la finalidad de evitar mayores perjuicios al transporte y él, al mismo tiempo que reclamaba los derechos derivados de su relación laboral no registrada...”.

Idéntica crítica efectúa el letrado respecto del valor probatorio que el Sr. Juez interviniente adjudica a las declaraciones de los testigos que depusieron en el marco de la audiencia de debate oral y a partir de la cual concluye el Magistrado que la “...abundante prueba testimonial producida en el debate describe un rol

activo de C. en la empresa manejando dinero y diversas cuestiones que hacían a los aspectos operativos y comerciales del transporte...”.

En ese sentido, luego de efectuar un análisis de los testimonios recibidos (al que se remitiera en honor a la brevedad), el recurrente sostuvo que “...todos los testigos que tenían conocimiento de cómo funcionaba el transporte –atento su condición de ex empleados- fueron contestes en que el Sr. A. era quien ejercía la administración del transporte, pagaba los sueldos y manejaba todo el dinero en general de la empresa, etc.”.

Asimismo, el letrado cuestiona el análisis efectuado por el A Quo respecto del rol desplegado por A. en el transporte, pues entiende que deviene trascendental entender la función que desempeñaba dentro de la explotación comercial, puesto que “...muchas de sus funciones son las que “supuestamente” estarían a cargo del Sr. C., lo que permite advertir que el imputado no las realizaba...”.

En cuanto al hecho de retención indebida por el que fuera condenado, el Sr. Codefensor centra su ataque en la errónea valoración que efectúa el Sr. Juez de grado, al considerar que C. no tenía una deuda exigible que tornara procedente el derecho de retención, sosteniendo el impugnante que “...tras la salida forzada del T.–agresión y hostigamientos mediante- y la negativa de la empleadora de abonarle los haberes mensuales que le adeudaban, C. se vio obligado a retener cuatro cobranzas por un total de \$93.439,62, comprometiéndose a rendirlas “contra el pago de mis haberes mensuales y aguinaldos adeudados...”; agregando que “...resulta inadmisible que sobre una misma conducta, un tribunal laboral considere que actuó en el ejercicio legítimo de un derecho, mientras que en autos se lo condene como autor responsable de un delito...”, circunstancia que lo llevara a plantear que se estaba ante una cuestión de naturaleza prejudicial.

En torno a la administración fraudulenta, además de reiterar su crítica respecto del carácter de administrador que el Sr. Juez A Quo adjudicara a C., denunció absurdo, puesto que se le imputara que debió asentar dichos retiros bancarios, cuando en realidad jamás cumplió esa función, mientras que A. fue quien

realmente manejaba los libros, no resultando reprochado en grado alguno por esos hechos, pese a que el propio Juez le asignara funciones en la administración.

Agregó que las extracciones de dinero que se le imputan a C., se trataron en verdad se retiros a través de cheques cobrados por caja, que se hacían regularmente en la cuenta de la sociedad, con el aval y conocimiento de A. —que era el encargado de hacer y manejar diariamente la caja y la contabilidad- y que fueron aplicados al pago de obligaciones del transporte.

Y, finalmente, destacó que el Juez de Grado dio por probados dichos faltantes en base al estado contable correspondiente al ejercicio económico nº 10 de Transporte T. de fs. 139/149, los que "...exhiben graves errores que afectan su credibilidad, siendo detallados en forma reiterada dichos vicios por esta defensa...", falencias que fueron apuntadas en el escrito impugnatorio a fs. 816/819 vta.

Solicita revocación y absolución.

Adelanto que entiendo que en el caso que me ocupa, no se encuentran acreditados, con el grado de convicción requeridos para imponer una condena penal, los delitos reprochados a C.. Ello, por cuanto considero que con las probanzas producidas durante el debate -y aquellas incorporadas por lectura- no ha cedido el estado de duda, circunstancia que imposibilita arribar a la certeza para superar la presunción de inocencia de la que goza, por ello, he de proponer su absolución.

Como primera cuestión, he de referirme al funcionamiento de la firma TRANSPORTE T.., lo que permitirá entender la solución que estoy proponiendo.

En ese sentido, destaco que la investigación se inició a partir de la denuncia formulada por quien se presentó como la apoderada legal de Transporte T., haciendo saber los ilícitos que se atribuían a C., señalándose que éste integraba la firma en cuestión y detentaba el diez por ciento del capital social, mientras que la socia mayoritaria –titular del noventa por ciento del capital social- era la señora

P.. A su vez, era C. quien –según la denuncia- detentaba el carácter de socio gerente, "...siendo en consecuencia el administrador social y representante de la sociedad constituida desde entonces y hasta el día 24 de abril de 2013..."(denuncia de fs. 12/20 vta.).

Nada se dijo en esa presentación, respecto del verdadero rol que detentaba -en la firma- A..

Dicho dato no resulta menor. De hecho, ni en el devenir de la investigación, ni tampoco en el marco del proceso civil –acción de daños y perjuicios entablada ante la justicia civil y comercial- los aquí denunciantes hicieron mención alguna a la persona de quien, en definitiva, había dado "vida" a la firma "Transporte T.", a partir de la empresa unipersonal que él mismo explotara con anterioridad a la constitución de la S.R.L.

Esta omisión no ha sido fortuita ni menos aún involuntaria, sino que encuentra explicación en la necesidad de que el nombrado A. –concursado- permaneciera en la "penumbra", pues de lo contrario, la continuidad de la explotación comercial se vería afectada a partir de las restricciones que pesaban sobre su persona, en razón del proceso concursal en el que se veía inmerso (así se desprende de las constancias de fs. 455/468 del expediente N° 66766 de trámite por ante el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial n° 3, que he tenido a la vista, ofrecido por los intervenientes y admitido como prueba para el juicio oral).

Fue por ello que, en la conformación de la S.R.L. no intervino él sino su mujer P.; y, lógicamente, fue ésta quien firmara el intercambio epistolar con C. pues, claro está, en los "papeles" era ella quien detentaba el carácter de socia.

Cierto es que en la constitución de la sociedad, A. –a través de la persona de su mujer- retuvo el noventa por ciento del capital social, garantizándose así mayoría absoluta para todas las decisiones societarias y asegurándose -para sí- la mayor parte de los ingresos generados a partir de la explotación comercial; reservando el diez por ciento restante para C., quien fuera designado socio gerente.

Y tampoco fue casual la designación del nombrado como socio-gerente, pues las probanzas incorporadas a la causa –y en particular los testimonios recibidos a quienes depusieron durante la audiencia de debate oral-, demostraron que P. era totalmente ajena a la explotación societaria. Por ello, era necesario designar a un sujeto como C. para que se pudiera hacer cargo de las cuestiones comerciales de la firma. Máxime, cuando su "dueño en las sombras", no podía hacerlo formalmente, por cuanto se encontraba inhibido de actuar. Este análisis adquiere vital importancia para resolver el conflicto objeto de discusión.

Digo ello, por cuanto en este contexto, en el cual la autoridad sobre las decisiones societarias es detentada por alguien absolutamente ajeno -desde lo legal- a la firma, que deliberadamente “delega” en otro la administración de una sociedad que en los hechos le pertenece, haciendo constar en los "papeles" una realidad totalmente distinta de la que acontece, aparece como -en principio- afectada la fiabilidad de sus referencias en este proceso.

Así, mientras que los representantes de la firma Transporte T., –Dra. Romina Temperini y L.- e incluso el propio A., sostuvieron sistemáticamente la ajenidad al transporte y el carácter de administrador que detentaba C., a la vez que negaron todo vínculo laboral de este último con la sociedad en cuestión, la prueba producida durante el debate oral, permite arribar a otras conclusiones. Ello así, pues -más allá de la inmediación propia del contradictorio- de las constancias obrantes en actas (y del contenido del veredicto) se desprende con claridad que todos los testigos fueron contestes en ubicar a A. como el verdadero “dueño” del transporte.

Incluso, lo señalaron a aquél como la persona a la que se le rendían las cobranzas diarias y era el encargado de llevar los libros contables.

Destaco en particular el testimonio de quien fuera empleada administrativa en aquella firma –F. (cfr. Acta de debate de fs. 715/741)-, la que señaló que “...el pago a los fleteros lo hacía generalmente A. o, cuando A. no estaba por algún

motivo, lo hacía C.... todas las cobranzas, o sea las cobradas en efectivo o las cobranzas de cuentas corrientes, se les rendían a A. al final del día..." y que éste abría el transporte y luego se retiraba, "...y volvía al final del día para que le hicieran la rendición de caja...".

Es decir, más allá de que C. fuera en los "papeles" el titular de las cuentas bancarias de la sociedad –y, por lo tanto, el único autorizado a operar sobre las mismas-, era A. quien decidía qué se hacía con el dinero y a quien, en definitiva, los empleados le rendían cuentas del uso que se le daba al mismo.

En ese mismo sentido se expresó la ex empleada N., la que fue contundente en señalar que todo el dinero salía de A., que éste era quien le pagaba su sueldo a ella y quien hacía los pagos a los fleteros que cobraban por día; que "...la totalidad del dinero se le rendía a A. todos los días..."; que éste "...era el dueño y jefe... que todo el dinero salía de A...." y que "siempre fue su referente de la caja y el dinero".

No me quedan dudas de la sinceridad de ambos testimonios, en especial, porque sus dichos convergen con el de otros testigos que depusieron durante la audiencia de debate.

En ese sentido, no puedo dejar de valorar el testimonio recibido durante la audiencia de vista de causa a quienes se desempeñaban como fleteros y como mecánico dentro del transporte. Éstos identificaron a A. –insisto, alguien que en los papeles era totalmente ajeno a la sociedad- como aquella persona que era el verdadero dueño de la firma y que era quien les pagaba los sueldos; así se expresaron G., R. y Z..

G. señaló que quien le pagaba su sueldo era el señor A. y que "...A. era el dueño, así se llama la empresa...".

R., dijo que el transporte lo abría A. todos los días y que éste tenía su propia oficina dentro del transporte; indicó que cuando cobraba su sueldo "en mano", le pagaba B., y el último tiempo A.. Éste "...era el dueño, manejaba todo...".

Y, por su parte Z., dijo que "...si no le pagaba -, que trabajaba en la administración, le pagaba A....".

Por lo demás, si bien en el marco de la audiencia de debate también depusieron varios testigos que resultaban ser clientes de la sociedad y que señalaron a C. como realizando funciones de tipo "gerenciales" y representativas en relación a la firma, cierto es que por la propia ajenidad de tales testigos al funcionamiento interno de la empresa, corresponde otorgar un menor valor a su testimonio, con respecto al de aquellas personas que trabajaban en la intimidad y que conocían la verdadera dinámica funcional.

Como vemos hasta aquí, no quedan dudas de que A. era el verdadero dueño de la firma que, en definitiva, lleva su nombre y quien tenía poder de decisión en relación a las cuestiones económicas y financieras de la empresa. Así, los dichos proferidos por el propio A. al momento en que le fuera recibida declaración resultan poco creíbles, pues de ninguna manera puede darse fiabilidad a lo señalado en torno a que sus tareas dentro del transporte se limitaban a controlar el estado de los camiones a su salida y a su regreso y, menos aún, a que C. "...le decía que tenía que hacer algún pago, le daba la plata, y el deponente lo hacía...", como si fuera un mero empleado del procesado.

Y, a tal punto ha quedado acreditado ese rol de A., que el propio Juez de grado señaló que "...A. era en los hechos propietario con poder de decisión de la empresa que llevaba como nombre su apellido, y que la sociedad se constituyó con su esposa, (quien solo figuraba en los papeles y nunca concurría al negocio), porque A. no podía figurar por estar inhibido..." (el destacado me pertenece y lo efectúo por la importancia que posee para responder no sólo esta encuesta, sino también que tuvo influencia con respecto a la decisión correspondiente a la pregunta tercera de este acuerdo).

Para ello, valoró el Magistrado que "...en su extensa declaración y al referirse al faltante de dinero que se le atribuye al encausado mostró que conocía el manejo y señaló que se confeccionaba la planilla diaria y le rendían a C., a él mismo o a su

hijo L. no obsta al rol activo, formal y práctico, de C. en el desenvolvimiento administrativo y operativo de la empresa...”.

Es aquí donde me detendré y donde he de apartarme con la solución adoptada por el Magistrado de Grado.

Ello, por cuanto como ya adelantara, en el marco de una relación societaria y laboral como la señalada, en que el verdadero dueño permanece en la penumbra, donde los papeles muestran hacia afuera una realidad totalmente distinta y donde -en definitiva-, los únicos que verdaderamente conocen el vínculo y la relación entre C. y A., son los "íntimos", encontramos que las versiones se contraponen, siendo que la prueba de cargo pierde fuerza probatoria y aumenta el estado de duda de cualquier tercer observador, impidiendo arribar a un veredicto condenatorio.

A dicha conclusión arribo atento a que, como bien sostiene el Señor Codefensor Particular, el testimonio de los testigos ha permitido acreditar que muchas de las funciones que se atribuyen a C. como administrador de la firma, eran detentadas por el propio A., que en ningún lado figuraba y, por tanto, quedaba exento de responsabilidad alguna. En particular, respecto de aquellas tareas vinculadas al manejo del dinero de la entidad.

Ese estado de duda, no sólo alcanza a la verdadera naturaleza de la relación entre C. y A. y a quién detentaba en los hechos el manejo de los fondos de la sociedad, sino también al perjuicio patrimonial que se exige como requisito típico para la configuración del delito de defraudación por administración infiel.

Al respecto, destaco que se le atribuyó C., el retiro de fondos de las cuentas bancarias de la entidad, a través de cheques que fueron cobrados por caja, librados éstos contra las cuentas corrientes del Banco Credicoop Cooperativo Limitado y Standard Bank (hechos 2 y 3 que luego fueron reconfigurados como un solo hecho, identificado como N° 2).

Sin embargo, más allá del cobro efectivo de los cheques –que no fue negado por el imputado- el A Quo tuvo por probado que C. se habría "quedado" con el dinero retirado, a partir de los dichos del testigo O. –contador que prestaba servicios para la firma Transporte T...-, quien indicó que "...no estaba la contrapartida de las extracciones bancarias...", valorando también el Señor Juez el reconocimiento de su firma que dicho testigo efectuó respecto de la composición del saldo deudor de C. (fs. 262/264).

Es en este punto donde, una vez más, voy a discrepar, pues no puedo dejar de preguntarme qué valor probatorio puede adjudicarse a un estado contable y a una certificación contable que –más allá de encontrarse debidamente conformado en sus formas-, omite deliberadamente reflejar la realidad económica y financiera de la firma.

Digo ello pues, como han tenido por acreditado los Señores Jueces del Tribunal de Trabajo N° 1 Departamental -en sentencia que fuera confirmada por la Suprema Corte Provincial al rechazar los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por los representantes legales de la firma Transporte T. efectivamente existía una relación laboral entre C. y aquella sociedad, por la cual, más allá de su carácter de socio gerente, el imputado percibía una remuneración normal y habitual de cuarenta mil pesos. Dicha relación laboral no estaba registrada y, por lo tanto, las sumas de dinero erogadas en tal concepto, no constan en la documentación contable.

A su vez, no puedo dejar de advertir que en la certificación contable efectuada por el Cdr. O. (fs. 262/266), dicho profesional aclara expresamente que "...Este trabajo profesional no constituye una auditoría ni una revisión y, por lo tanto, las manifestaciones del contador público no representan la emisión de un juicio técnico respecto de la información objeto de la certificación" (el destacado me pertenece), agregando de seguido que "...la preparación y emisión de la declaración adjunta y la información incluída en la misma es una responsabilidad exclusiva de la Gerencia de TRANSPORTE T....", la que -aclaro- para ese entonces ya no era ejercida por C., y que se limitó a cotejar la concordancia entre

la declaración efectuada por la Gerencia de Transporte T.. -obrante a fs. 264- y la documentación de respaldo y registros contables de la sociedad.

Sin embargo, al mencionar la documentación que utilizó para efectuar su "cotejó", el Sr. Contador individualizó a las planillas de caja del 1 de agosto de 2014 al 14 de agosto de 2015, siendo que los retiros de dineros que se atribuyen al encausado, son anteriores a tales registros.

Todo ello, no hace más que sumar dudas al análisis del plexo probatorio tenido en cuenta por el Magistrado para atribuir responsabilidad penal a C..

Sumo a todo esto que el propio A. reconoció durante la audiencia de debate oral, que C. percibía sumas de dinero mucho mayores que las que le correspondía en virtud de la participación societaria que aquél detentaba. Sumas que, me atrevo a decir en virtud de todo el análisis precedente, no constaban en ningún lado, por el carácter "informal" de su relación laboral.

Y, en las antípodas de esta información insuficiente y en buena parte "mendaz", me encuentro con los dichos del imputado que señaló que el cobro de cheques por caja constituía la operatoria normal de la empresa y que era ese el mecanismo a partir del cual se hacían de efectivo para realizar todos los pagos que fuera necesario instrumentar.

En relación a esto, no puedo dejar de valorar que, tal y como apuntó el señor Codefensor Particular, en el expediente civil -al que ya se ha hecho referencia- se encuentran agregados informes bancarios que dan cuenta de numerosas operatorias de estas mismas características (fs. 174/212).

Finalmente, respecto de la conducta que se atribuye a C., no puedo pasar por alto que el Magistrado adjudique valor cargoso a las manifestaciones vertidas por el imputado durante la asamblea anual ordinaria y concluya (fs. 750 vta.) que "...lejos estuvo el procesado de dar una respuesta satisfactoria y con cierto grado de precisión, y con documentación de respaldo, a las observaciones y reclamos que se le efectuaban...". Es que el A Quo pasa por alto todas las alegaciones

formuladas por C. en aquella oportunidad e invierte la carga probatoria, poniendo en cabeza de aquel la acreditación del destino y uso dado a los fondos y su ulterior rendición, en un contexto en el que ya no formaba parte de la gerencia, ni tenía acceso a la documentación contable. Ello vulnera a todas luces la presunción de inocencia y la garantía de defensa en juicio.

Para finalizar, entiendo que no puede perderse de vista el propio riesgo asumido por A. al momento de decidir la conformación de una sociedad de responsabilidad limitada con C., con facultad exclusiva de éste para operar sobre las cuentas bancarias y ello, al solo fin de poder A. continuar con una explotación comercial que de otro modo le estaría vedada, por su carácter de inhibido.

Así, A. se valió de C. por años para explotar comercialmente la sociedad Transporte T. a espaldas de los organismos de contralor –vg. AFIP, ARBA, etc.-, de sus acreedores y de las autoridades judiciales, en franca violación a las normas legales vigentes y a los procesos judiciales en su contra, y ahora, que la relación entre ambos tuvo un quiebre, él –a través de los representantes legales de la sociedad- viene a alegar un perjuicio económico sufrido por la firma a partir del accionar de C..

Para ello, se presenta ante los organismos jurisdiccionales llamados a intervenir, negando todo vínculo con la firma, esgrimiendo una explicación absolutamente mendaz respecto de su rol en el transporte. Tales conductas, de ningún modo pueden ser convalidadas y aceptadas, y por ello, propondré al acuerdo remitir copia de la presente resolución al Sr. Titular de la Delegación Bahía Blanca de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), a la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 Departamental, en el que tramita el expediente N° 104.560, caratulado "A. S/ CONCURSO PREVENTIVO - HOY QUIEBRA" y al Sr. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 Departamental, en el que tramita el expediente N° 66766, caratulado "TRANSPORTE T.. C/ C. S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL".

Por todo lo expuesto, entiendo que los elementos reunidos resultan insuficientes para generar convicción respecto de la existencia del hecho y la responsabilidad penal de C. en el mismo y enervar así la presunción de inocencia de la que goza el encartado.

Nada más he de agregar en relación a este punto.

Corresponde ahora que me expida respecto a otro de los agravios esgrimidos por el recurrente y esto es, la errónea valoración efectuada por el A Quo en relación a que en el caso de marras no se puede alegar válidamente el legítimo ejercicio del derecho de retención, por cuanto el encausado no tenía deuda exigible que lo tornara procedente. Sostuvo el recurrente que ante la negativa de la empleadora de abonarle los haberes mensuales que le adeudaban, C. se vio obligado a retener cuatro cobranzas por un total de \$ 93.439,62, comprometiéndose a rendirlas contra el pago de sus haberes mensuales y aguinaldos adeudados.

Como primera cuestión, no puedo dejar de señalar la distinta postura que las partes en litigio tomaron, puesto que mientras que el aquí encausado desde el primer momento en que fue consultado al respecto, reconoció –a través de carta documento (fs. 29)- haber efectuado esas cobranzas y retenido el pago de las mismas contra el cobro de los salarios que se le adeudaban, desde el otro lado se le negó la relación laboral y, consecuentemente, el pago de tales haberes.

Sin embargo, el A Quo utiliza ese reconocimiento del encausado como fundamento de cargo para tener por acreditado el ilícito que se le atribuye y descarta -sin más-, la explicación vertida respecto de que había consultado con un abogado y éste le dijo que se lo quedara por derecho, lo que así hizo. Máxime, cuando –como se ha visto a partir del extenso derrotero de procesos judiciales en que se vio inmerso-, no quedan dudas de que el nombrado se encontraba siendo asesorado por profesionales del derecho.

No puedo dejar de advertir que al momento de resolver, el A Quo efectuó un análisis sesgado de la sentencia dictada dictado en el ámbito laboral, valorando solo aquellos tramos que venían a abonar su tesitura de que C. ejercía tareas de

índole administrativas dentro de la firma y de que no era procedente la retención efectuada, acompañando de alguna manera el voto minoritario de la Sede laboral respecto del pago del monto indemnizatorio.

Así, en contradicción, el Magistrado –dejando a salvo que aquella sentencia en absoluto lo obliga- reconoce que en el ámbito laboral se dio por probada una relación de naturaleza laboral entre C. y la firma Transporte T., pero a posteriori, concluye que en el caso no existía una deuda exigible que habilitara al procesado a retener las sumas de dinero, las que eran percibidas en virtud de la función gerencial desarrollada por el encartado.

Por mi parte considero que no existe certeza respecto de la ilegitimidad de la retención efectuada por C., máxime cuando los señores Jueces del Tribunal de Trabajo N° 1 Departamental, que dictaron sentencia en el marco del juicio laboral que C. inició a la firma Transporte T., entendieron -lo que fue confirmado por la Suprema Corte Provincial tal y como se desprende de la sentencia acompañada en forma electrónica por el recurrente en fecha 18 de noviembre de 2020- que existía una relación laboral entre C. y la firma Transporte T., que correspondía abonarle a éste la totalidad de los salarios adeudados hasta la fecha en que se dio por despedido (por la negativa de la firma empleadora de reconocer la existencia de la relación laboral) y que debían compensarse con el monto a abonar por la demandada, las sumas retenidas por C..

Tales haberes, son los correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2013 y los aguinaldos de los años 2011 y 2012. Es decir, todos aquellos que le deberían haber sido abonados al aquí imputado, a partir de que se desencadenara el conflicto con los integrantes de la sociedad. Asimismo y teniendo en cuenta que el salario que tuvo por reconocido y acreditado el tribunal ascendía a la suma de cuarenta mil pesos, las sumas retenidas no se advierten como ajenas o desproporcionadas con el derecho que el imputado procuró salvaguardar: su salario.

Ello, otorga aún más credibilidad a la justificación esgrimida por el aquí encausado y genera un estado de duda insuperable que me impide formar convicción suficiente de que la retención efectuada por el encausado resultaba indebida. Con ese alcance, doy mi voto.

A LA CUARTA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero por iguales fundamentos al voto del Dr. Barbieri.

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

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar el veredicto condenatorio y sentencia apelado de fs. 742/754 vta.

A LA QUINTA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero al voto del Dr. Barbieri, sufragando en el mismo sentido. Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores jueces nombrados.

SENTENCIA

Bahía Blanca,

Y Vistos; Considerando: que en el acuerdo que antecede ha quedado decidido que no es justa la sentencia recurrida.

Por ello, este **TRIBUNAL, RESUELVE:**

- 1º) Declarar admisibles e **IMPROCEDENTES** los recursos de apelación interpuestos respecto de las resoluciones de fs. 476/478 vta. y aquella que hizo lugar a la nueva prueba testimonial ofrecida durante la audiencia de debate oral;
- 2º) Declarar admisible y **PROCEDENTE** el recurso interpuesto contra el pronunciamiento de fs. 742/754 vta. y consecuentemente con ello **REVOCAR** el veredicto condenatorio y la sentencia dictados por el señor Juez en lo Correccional nº 1 de esta ciudad, por el que se condenara a C. como autor penalmente responsable de los delitos de defraudación por retención indebida y

administración infiel, en concurso real de delitos en los términos de los arts. 173 inc. 2 y 7 mo. y 55 del Código Penal (arts. 40 y 41 del C.P.; 1, 106, 209, 210, 373, 530 y 531 cctes. del C.P.P.).

3º) Remitir copia de la presente resolución al Titular de la Delegación Bahía Blanca de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.); a la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 Departamental, en el que tramita el expediente N° 104.560, caratulado "A. S/ CONCURSO PREVENTIVO - HOY QUIEBRA" y al Sr. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 Departamental, en el que tramita el expediente N° 66766, caratulado "TRANSPORTE T. C/ C. S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL".

Devolver al Sr. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 Departamental el expediente N° 66766 que fuera remitido oportunamente a esta sede.

Notificar al Ministerio Público Fiscal, al Particular Damnificado y al Sr. Defensor Particular -Dr. Juan F. Carnero- y al procesado.