



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Registro: 18 Folio: 110/116

En la ciudad de Pergamino, a los días del mes de junio del año 2019, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación del Departamento Judicial de Pergamino **Dres. Mónica Guridi, María Gabriela Jure y Martín Miguel Morales**, para dictar sentencia en los autos N° **5200/18**, caratulados: **"AZCARRAGA AGUSTIN M. ROSELLO CRISTAN ALBERTO S/ DEFRAUDACION"** (Expte. N 454/17), de trámite por ante el Juzgado Correccional Nro. Uno Departamental, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: **Dres. Morales-Guridi-Jure**, estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

- I.- ¿Resulta admisible el remedio intentado?
- II. ¿Se debe revocar la resolución apelada?.-
- III.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

A N T E C E D E N T E S:

En lo que interesa destacar, el Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Correccional N°1 de Pergamino, Dr. Carlos Ariel Pico, dictó veredicto absolutorio respecto al encausado Rosello Cristian Alberto, con relación al delito de defraudación fiduciaria, sin costas. (arts. 1, 371, 373, 210, 530 del C.P.P. y 173 inc. 12 del C.P.).-

Contra dicho pronunciamiento, la Sra. Agente Fiscal, Dra. Patricia Fernandez, interpuso a fs. 400/402 en tiempo y forma -art. 439 y ccdts. del C.P.P.- recurso de apelación.-

A su turno el Sr. Fiscal General Dr. Mario Daniel Gomez a fs. 408/409 mantiene el remedio impugnativo deducido.-



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Se agravia la representante del Ministerio Público Fiscal en la inteligencia que el veredicto puesto en crisis deviene arbitrario y huérfano de fundamentación razonada y suficiente, sustentado en una errónea interpretación del significado jurídico del precepto que oportunamente reclamara se aplique, concretamente las normas previstas en la ley 24.441 y de las previstas en el Código Civil que regulan el dominio y el dominio fiduciario (arts. 2506, 2662 y ccs).-

Afirma que ha incurrido el a quo en una errónea interpretación del sistema de libertad probatoria que regula el código de rito (arts. 209 y 373) al descartar de plano una prueba fundamental como es el convenio aludido, creándose límites inexistentes y posicionarse en la imposibilidad de arribar a la certeza por la ausencia de un instrumento que considera crucial.-

A su entender el convenio de adhesión al contrato de fideicomiso de fs. 03/vta., contiene todos los elementos de la relación jurídica que exige el dominio fiduciario de la ley 24.441, partes contratantes individualizadas (Fiduciante y Fiduciario), obligaciones establecidas para cada una de ellas, finalidad del contrato y plazo de cumplimiento, siendo por lo demás que el resto de las obligaciones del titular fiduciario son impuestas por la ley.-

Indica por ello que no sólo fueron establecidas en el convenio las condiciones del acuerdo, sino que además las no consignadas surgen expresamente de la ley, y nada se dijo al respecto. Que el tipo penal invocado pena el abuso de confianza, donde el vínculo previo entre las partes es lícito y que la conducta que se castiga entre otras, es la acción de perjudicar, que habilita la aplicación de la sanción a quién lesione la propiedad



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

fiduciaria independientemente de la existencia material del contrato fuente.-

Indica que el contrato suscripto entre la consultora Macris SRL y la Sra. Cretón, preve asimismo una cláusula primera en la que se hace mención expresa al contrato de fideicomiso, que la nombrada declara conocer y aceptar y que se le entrega un ejemplar del mismo, por lo que deviene imposible afirmar que nunca se confeccionó.-

Peticionando se confronte ello con los dichos de quienes declararon como testigos en el debate, concretamente el arquitecto Armanino Fernando (quién elaboró el anteproyecto del edificio a construirse) y de Farhan Gustavo (propietario del terreno donde iba a desarrollarse).-

Que el primero de los nombrados adujo haber participado en el proyecto de diseño y construcción del edificio lindero al de Larrea N° 928, y siempre trató con ambos socios, que lo contrataron para hacer el anteproyecto, las dificultades que tuvo para cobrar y que en reiteradas oportunidades se constituyó en el asiento de la inmobiliaria sita en Larrea N° 930, para que se le efectivizaran los honorarios.-

Farhan por su parte, ilustró la relación que lo unió a los imputados a quienes le vendió la propiedad heredada de su padre y ratificó la relación que mantuvo sobre todo con Rosello a quién le transmitió el 70% de la propiedad, con la promesa de otros negocios que no cumplió lo que le originó un serio problema de vivienda y de salud por varios años.-

Agrega la quejosa que la restante prueba documental, corrobora los términos del acuerdo transaccional incumplido abusando de la confianza



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

depositada en la persona jurídica y en sus respectivos socios que contaban con el dominio del hecho.-

Que sin perjuicio de ello, hubiera debido tratarse el delito de administración fraudulenta (art. 173 inc. 7º del C.P.) por guardar con la conducta debidamente incriminada al momento de recibirla declaración al imputado, y por las particulares características del caso, similitudes que hacen posible el encuadramiento en dicho tipo penal.-

Por lo expuesto, solicita se realice el control de razonabilidad que une la prueba llevada al debate y el relato fáctico que de ella resulta, en tanto le agravia la patente ilogicidad y falta de fundamentación suficiente del desarrollo de los fundamentos y argumentos sin correlación entre lo probado y decidido.-

Finaliza peticionado se revoque el veredicto absolutorio y se condene al imputado por el delito de Administración fiduciaria y subsidiariamente el de Administración Fraudulenta.-

A la **PRIMERA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel Morales**, dijo:

El recurso de apelación interpuesto por la Sra. Agente Fiscal, Dra. Patricia Fernandez, fue presentado dentro del plazo legal previsto por el artículo 441 segundo párrafo del C.P.P., de allí que el requisito temporal se encuentra satisfecho.-

Por su parte se articula contra una sentencia dictada por el Sr. Juez en lo Correccional Titular del Juzgado N° 1 Dptal., impugnación que se encuentra prevista en el art. 439 segundo párrafo.-

Por ello considero que el recurso fue interpuesto en tiempo y forma y por quién se hallaba legitimada para hacerlo, debiendo declararse su



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL
admisibilidad.-

Así lo voto.-

A la misma cuestión las **Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos votan en igual sentido

A la **SEGUNDA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES**, dijo:

Esta Cámara ya ha dicho que es condición de validez de la sentencia que la misma sea fundada, y por ende, que constituya una derivación razonada del derecho vigente (C.S.J.N. Fallos 274:60) siendo descalificable la que se encuentra desprovista de todo apoyo legal y fundada tan solo en la voluntad de los jueces (C.S.J.N. Fallos 112:386).-

La apelante, si bien se agravia sobre la fundamentación del fallo puesto en crisis, denunciando puntualmente una errónea interpretación del significado jurídico del precepto cuya aplicación reclamara (ley 24441 y arts. 2506 y 2662 del C.C.), solo ha expuesto en su libelo recursivo sus discrepancias personales con lo decidido, siendo su queja incapaz de alterar el sentido del veredicto.-

La manda procesal del art. 374 del C.P.P. impone como condición de una sentencia válida, que el juez exprese con claridad la relación entre lo decidido y los hechos juzgados y probados de modo que el fallo no se sustente en su voluntad sino en razón fundada.-

Como lo señalara este órgano invocando a Luiggi Ferrajoli, en la obra "Derecho y Razón", Editorial Trotta Madrid, en la pag. 623; al respecto dijo: "Se entiende después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. ... Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas".-

En síntesis, la motivación de las decisiones judiciales resulta una garantía republicana que se revela frente a la arbitrariedad, posibilitando reitero, su fundamentación y control.-

Dicho esto y teniendo a la vista lo actuado en la I.P.P. que fuera incorporado por lectura debate, el contenido del acta de fs. 391/392, y habiendo escuchado el DVD con el contenido de lo sucedido en aquel, tengo para mi que el veredicto absolutorio puesto en crisis, resulta debidamente motivado y fundado, por lo que propondré al acuerdo el rechazo del recurso de apelación deducido.-

Es necesario analizar concretamente si los hechos intimados a Rosello se adecúan a los requisitos y presupuestos exigidos por el delito que la Sra. fiscal entiende debe aplicarse y si efectivamente el aquo incurrió en una errónea interpretación del sistema de libertad probatoria al descartar una prueba fundamental como es el convenio de adhesión.-

Debe advertirse previamente, que la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (B.O., 16/1/95) en su artículo 1º define a este negocio expresando que: "habrá fideicomiso cuando una persona



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

(fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.-

El fideicomiso supone entonces la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes que podrán ser determinados o determinables a un fiduciario, quien se obliga a ejercerlo en beneficio de quien se designe en el contrato y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (arts. 1 y 7 de la ley citada).-

La figura penal indicada por la apelante, fue introducida por el art. 82 de dicha norma, que incorporó al Capítulo IV correspondiente a las "Estafas u otras defraudaciones" del Libro Segundo, Título VI del Código Penal, en el inciso 12 el artículo 173, que expresamente dispone: "... *El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; ...*"

En parigual con lo sostenido por el magistrado de grado, la conducta intimada a Rosello, deviene atípica respecto del delito de defraudación fiduciaria.-

No asiste razón a la quejosa cuando postula que debe asignársele al convenio de adhesión los alcances de una contrato de fideicomiso, porque claramente no reúne los caracteres de éste.-

Así del examen del documento de fs. 03/vta, entre otros extremos no surge cual es el plazo de cumplimiento,



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

quién resulta ser el beneficiario, cuales son las obligaciones de los contratantes. Los que en modo alguno pueden ser suplidos por las disposiciones de la ley, tal como erróneamente esgrime la apelante.-

La adecuación típica sostenida requiere la existencia de un contrato de fideicomiso, toda vez que el delito se comete exclusivamente por el titular de la propiedad fiduciaria o fiduciario, quién por alguna de las acciones previstas, esto es disponer, gravar o perjudicar los bienes recibidos, en violación de las obligaciones a su cargo causa un perjuicio patrimonial a los contratantes.-

Pretender extender la calidad de fiduciario al Sr. Rosello, sin acreditar la existencia de un contrato de fideicomiso implica a mi entender, lisa y llanamente, una construcción analógica prohibida, lesionando el principio de legalidad.

Es claro además que al imputado, al no contar con el contrato de fideicomiso "Paraiso III" no puede asignársele la calidad de fiduciario. Circunstancia que tampoco surge de las declaraciones testimoniales de los Sres Armamino y Farhan, quienes relataron su relación con Rosello y Azcarraga, pero nada aportan respecto de la suscripción de aquél.-

Más allá de la atipicidad derivada de la ausencia de un requisito básico de la figura, se requiere de un autor especial, pues sólo puede ser autor del delito el titular fiduciario, es decir, quien tiene efectivamente el dominio fiduciario de acuerdo con los términos de la ley 24.441.-

Se trata, como vemos, de un delito especial propio, en los que se incluyen como autores sólo a ciertas personas que revisten características



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

particulares, que resultan "especialmente caracterizadas" o que cuentan con "elementos objetivos de autoriza". El tipo especial propio, lo aclaramos, describe una conducta que sólo es punible a título de autor, si es realizada por ciertos sujetos que tienen un deber especial y cuyo quebrantamiento constituye el fundamento de la punibilidad de la acción, de modo que otras personas que la ejecuten no pueden ser considerados autores de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta. Confr. ROXIN, Claus, "Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal", Joaquín Cuello Contreras, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998; MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", 6a ed., Ed. Reppertor de Barcelona, España, p. 225.-

En suma, del cotejo del material probatorio no surge ningún elemento objetivo que respalde la postura de la parte agravada ni que permita sostener en rigor, la existencia de la relación contractual que habilite revocar el decisorio del sentenciante.-

Por ello, concluyo que la conducta atribuída al sindicado no resulta típica en los términos el art. 173 inciso 12 del C.P.. Sin perjuicio de las posibles responsabilidades patrimoniales en que pudiera hallarse inmerso.-

Respecto de la aplicación de la figura subsidiaria esto es defraudación por administración fraudulenta prevista en el art. 173 inciso 7 del C.P. que postula la recurrente, tampoco tendrá acogida.-

Existe una diferencia sustancial entre ambas figuras esto es defraudación fiduciaria y defraudación por administración fraudulenta que lo justifica y se relaciona con la propiedad de los bienes administrados.

En este sentido, resulta esclarecedor lo



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

sostenido por los Dres. Herbel, Gustavo A. y Trovato, Gustavo F.: "... De este modo, una primera aproximación a la conducta que tipifica el nuevo inc. 12 del art. 173 Cód. Penal (cf. ley 24441), podría conducirnos a realizar una analogía con la administración fraudulenta que reprime el inc. 7 del art. 173 Código de Fondo. En efecto, el fiduciario tiene en común con la primera de las figuras citadas, la capacidad de realizar un amplio manejo de los negocios referidos a un conjunto de bienes que son puestos bajo su potestad. De limitarse la nueva figura a ello, no se entendería la creación del inc. 12 dentro de los supuestos del art. 173, desde que la creación de inc. 7, justamente tuvo por fundamento evitar la dispersión legislativa en materia de nuevas formas de fraude basadas en dispositivos legales que facilitan la administración de bienes ajenos; oportunidad ésta en la cual se requiere de protección penal a efectos de evitar abusos en el poder de disposición que adquieran ciertos representantes o mandatarios. Sin embargo, existe una diferencia que parece justificar la existencia de la nueva figura de defraudación, desde que la administración fraudulenta se refiere al "...manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses ajenos...". Mientras que el fiduciario, aun cuando limitado a los fines que se fijan contractualmente, tiene todos los atributos del propietario de los bienes puestos bajo su potestad; o sea, no administra lo ajeno sino lo propio, a título de una propiedad fiduciaria, que si bien imperfecta (con término y finalidad), no puede reputarse ajena. La ajenidad de los bienes e intereses administrados es una nota característica del inc. 7 art. 173 Cód. Penal ; dado que, aun cuando se trate del administrador de una



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

sociedad respecto de la cual, hipotéticamente, tuviera el 100 % de las acciones, nos vemos ante bienes que igualmente le resultan ajenos, pues la existencia de una persona jurídica diferenciada de las físicas, supone un patrimonio perteneciente a la primera, que no se confunde con el de la segunda; es decir, le son ajenos a la persona física ya que pertenecen al patrimonio de la jurídica. ...". Confr. Herbel, Gustavo A. y Trovato, Gustavo F., La responsabilidad penal del fiduciario (análisis del art. 173, inc. 12 del Código Penal), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998, Volumen 1998-III, pág. 794, cita 17.-

Por lo expuesto, he de proponer al acuerdo la confirmación del pronunciamiento absolutorio, desde que, como ya hemos dicho que : "La condena sólo es correcta cuando se adquiere la certeza acerca de la culpabilidad del imputado. No obtenida esa certeza corresponde absolver" (Claria Olmedo, Derecho Procesal Penal", To. I, Marcos Lener Editora Córdoba, pág.247).-

Tal como lo señala Francisco D`Albora, **la exigencia**, en oportunidad de dictar la sentencia, es de una **certeza apodíctica**; es decir que **la conclusión es así y no puede ser de otro modo** (Francisco Dálbora, Curso de Derecho Procesal Penal, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, To I, pág.146), lo que no ocurre en el caso, por cuanto las pruebas adquiridas permiten inferir otras conclusiones.-

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cantoral Benavides", sentencia del 18 de agosto de 2000, sostuvo que "el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla".-

Así lo voto.-

A la misma cuestión las **Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos votan en igual sentido

A la **TERCERA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES**, dijo:

de conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1) Declarar admisible el remedio intentado;
2) Rechazar el recurso interpuesto por la Dra. Patricia Fernandez y en su mérito, confirmar la resolución puesta en crisis en cuanto absuelve a Rosello Cristian Alberto por el delito de defraudación fiduciaria -art. 173 inciso 12 del C.P.-

Así lo voto.-

A la misma cuestión las **Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos votan en igual sentido

Con lo que terminó el presente Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) Declarar admisible el remedio intentado;
2) Rechazar el recurso interpuesto por la Dra. Patricia Fernandez y en su mérito, confirmar el veredicto del Sr. Juez en lo Correccional puesto en crisis en cuanto absuelve a Rosello Cristian Alberto por el delito de defraudación fiduciaria -art. 173 inciso 12 del C.P., que fuera motivo de la acusación (arts. 1, 106, 209, 210,



250702091000758596



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

371, 373, 375, 439, 441, 530 del C.P.P.).

Regístrate. Notifíquese. Devuélvase.-