

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN

CASACIÓN

SENT N° 1198

Provincia de Tucumán

Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal, que integran los señores Vocales doctores Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Daniel Leiva, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado O.F.B. contra la sentencia del 06/12/2022 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara Conclusional, el que es concedido por el referido Tribunal mediante auto interlocutorio del 28/12/2022, en los autos: **O.F.B.s/ Defraudación (art. 173 inc. 12)**". En esta sede, las partes querellantes notificadas en fecha 16/3/2023 no presentaron memorias que autoriza el art. 487 CPP, conforme informe de fecha 07/6/2023. Pasada la causa a estudio de los señores Vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Leiva, dijo:

1) Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado O.F.B. contra la sentencia del 5 de diciembre del 2022 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara Conclusional.

2) Entre los antecedentes del proceso, sobresale que la Sala II de la Excma. Cámara Conclusional resolvió: "...**1) CONDENAR A O.F.B., cuyos datos personales constan en autos, por el delito de Defraudación por Fideicomisos previsto y penado en el art. 173 inc. 12 del código penal, en perjuicio de los fideicomisos constituidos en Las Heras 252, Mendoza 45, Las Heras 175, San Lorenzo 788 Y Cordoba 303 injusto cometido en perjuicio de Silvia Patricia**

Saracco, Mario Daniel Wajnermann, María del Milagro Lastra Lobo, Mirtha Delina Palomo, María Cecilia Rey de Unzaga, Raúl Esteban Rey, Sara Josefina Tacconi, Carlos José Agüero, Mareile Ada Hinz, Claudia Elena Isabel Alonso, Nilda Carmen Fernandez, Silvia Ines Rey, Maria Elena Salas de Teran, Cesar Justino Teran Molina, Sara Josefa Apino, Marcos Maximiliano Rolfo, Cintia María Santillán, María Nilda del Valle Martín, Nélide del Valle Mazza; en Concurso Real con el delito de Amenazas Coactivas, en perjuicio de Mazza Nélide Del Valle, previsto en el art. 149 bis segundo párrafo, imponiendole la pena de seis años de prisión accesorias legales y costas procesales, arts. 40 y 41 del CP y arts. 417, 421, 559 y 560 del CPPT.”.

3) Disconforme con el pronunciamiento, la defensa técnica del imputado interpuso recurso de casación.

En cuanto al contenido de sus agravios, la parte recurrente cuestionó la condena impuesta a su defendido. Así pues, impugnó la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 173, inciso 12, del C.P. En esa línea, manifestó que “...se trata de cinco contratos de Fideicomisos (encuadrados por art. 1666 y cctes del CcyCN) que esta defensa probó no tan solo en el debate sino a lo largo de la vida del expediente, que el introito que nos ocupa se trató de conflictos que debieron ser resueltos en sede civil”. Posteriormente, indicó el motivo de su disconformidad precisando sus críticas en cada fideicomiso. La reseña de las razones invocadas por los recurrentes se realizará en extenso al momento de tratar el agravio.

En segundo lugar, la defensa técnica del imputado impugnó que el Tribunal haya tenido por acreditado el delito de amenazas coactivas en perjuicio de la Sra. Mazza. Específicamente, sostuvo que la prueba era insuficiente para arribar a la conclusión mencionada. En esa línea, dijo que “...no existen testigos, ni cámaras, ni chats, ni mensajes de textos, ni ningún medio que haya sido vehículo para acreditar ese supuesto hecho. Solo los dichos de Mazza”. A su vez, denunció que “...el tribunal sentenciante reparó no tan solo en los dichos de la denunciante como única prueba, sino que esta parte derribó un informe psicológico que presentó la representante de la querrela, realizado 48 hs antes de los alegatos, cuando el periodo probatorio se encontraba cerrado y precluido; sin embargo, aquel Tribunal autorizó el ingreso en forma extemporanea de esa prueba (informe psicológico)”.

En tercer lugar, señaló que la sentencia es un fallo de aparente fundamentación o arbitrario. En ese contexto, indicó que “...la óptica con la cual miró los hechos y las pruebas el Tribunal A-quo fue con la del Derecho Penal de Autor, es decir, por lo que el Sr. O.F.B. Es y no por lo que hizo”. Bajo este

apartado, explicó que "...la defraudación como género de la estafa, participa de los mismo elementos constitutivos de esta, para que el tipo penal alcance al sujeto y encuadrar su conducta en esos extremos. Estos elementos son: ardid o engaño, error en la víctima y disposición patrimonial perjudicial, cuyo elementos deben estar concatenados unos a otros. Y en esta estructura jurídica es que el Tribunal sentenciante, no analizó estos extremos, ya que el primer elemento (ardid o engaño), no fue probado por la acusación pública".

En cuarto lugar, la defensa técnica criticó que la causa haya sido tratada como una cuestión penal cuando, conforme su parecer, se trataba de un conflicto civil.

En quinto lugar, los letrados cuestionaron la fundamentación de la pena. En ese marco, dijeron que "...la simple enunciación genérica efectuada por el Tribunal de las pautas que prescriben los art. 40 y 41 del Código Penal para graduar la pena, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, solo evidencian un fundamento aparente y colocan al fallo atacado dentro de los extremos de la arbitrariedad de la sentencia".

En sexto lugar, la defensa técnica indicó que el Tribunal "...jamás se preguntó si O.F.B. tuvo la finalidad de defraudar o al menos no fue probada". Los letrados afirmaron que el Tribunal aplicó erróneamente la teoría de la imputación objetiva para condenar a su defendido. Así pues, señalaron que "...la creación de un riesgo no permitido (teoría de la imputación objetiva) sólo puede ser aplicada para analizar sólo el tipo penal objetivo y deja de lado el análisis del tipo penal subjetivo (dolo). En este sentido el Tribunal A quo, forzó desde esta teoría (imputación objetiva) para insertar el dolo o la finalidad, elementos estos que se analizan solo en el ámbito del tipo penal subjetivo. Cerrado recién este análisis, podemos continuar analizando desde la teoría del delito, el adjetivo antijuricidad, finalizando si existió o no, culpabilidad del agente".

Por último, solicitó que se haga lugar al recurso de casación declarando la absolución de su defendido. A su vez, hizo reserva del caso federal.

4) La Sala IV de la Excma. Cámara Conclusional, por resolución dictada el 28 de diciembre de 2022, concedió el recurso incoado. Consecuentemente, encontrándose el expediente en estado de ser resuelto corresponde analizar su admisibilidad y, eventualmente, su procedencia.

5) En orden a la admisibilidad del planteo, se aprecia que fue interpuesto tempestivamente (cfr. S.A.E) por parte de quien posee legitimación para hacerlo (art. 483 C.P.P.T.), contra una sentencia definitiva (art. 480

C.P.P.T.), consignándose los antecedentes del caso y con adecuada fundamentación (art. 485 C.P.P.T.). Por consiguiente, estando cumplidos los requisitos exigidos por el digesto procesal, el medio de impugnación resulta admisible.

6) Así las cosas, corresponde analizar la procedencia del recurso interpuesto. En ese marco, en primer lugar, debe determinarse el orden con el que se abordaran los cuestionamientos propuestos por la defensa. A los efectos de realizar una exposición organizada del pronunciamiento, el tratamiento de las críticas se efectuará en tres segmentos. En el apartado "**7)**", se procederá al examen de los agravios referidos a la condena impuesta por el delito de defraudación fiduciaria (art. 173, inciso 12 del C.P.). Posteriormente, en el punto "**8)**", se llevará a cabo la revisión de las objeciones relativas al delito de amenazas coactivas en perjuicio de Nélida del Valle Mazza. Finalmente, en la sección "**9)**", se evaluará el resto de las objeciones formuladas.

7) Conforme fue adelantado, en este punto se analizará los agravios referidos al delito de defraudación fiduciaria. En este escenario, conviene sistematizar su tratamiento. En primer lugar, en el apartado "**7.1)**", se examinará la impugnación que ataca la valoración de la prueba. En segundo lugar, en el "**7.2)**", será objeto de revisión el cuestionamiento referido a que el Tribunal se limitó a transcribir la teoría de la imputación objetiva sin analizar rigurosamente la configuración del tipo subjetivo. Por último, en el numeral "**7.3)**" constituirá materia de examen el agravio referido a que la conducta endilgada al imputado importa una cuestión civil erróneamente tratada como un injusto penal.

7.1) Siguiendo el orden enunciado, corresponde abordar el tratamiento de los agravios formulado por la defensa. El recurrente agrupó sus impugnaciones de modo que objetan el razonamiento probatorio seguido por el Tribunal en cada uno de los cinco fideicomisos de los que el imputado era fiduciario. De ese modo, en lo sucesivo se abordarán los cuestionamientos fideicomiso por fideicomiso en los apartados "**7.1.b)**"; "**7.2. c)**"; "**7.3. d)**"; "**7.4.e)**"; "**7.5 f)**".

Ahora bien, en el apartado "**7.1.a)**", se hará una mención a las conclusiones de las pruebas periciales, las cuales devienen relevantes para dimensionar cabalmente cómo el fiduciario administraba los bienes fideicomitidos.

7.1.a) Siguiendo lo más arriba mencionado, en este punto se pretende poner de relieve las conclusiones de las pericias efectuadas por el Perito CPN Maggio y el CPN Julio César Reynoso. La importancia de este punto radica en que lo dictaminado por los peritos, como así también, sus explicaciones

brindadas en el debate dieron cuenta de la deficiente administración de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario acusado.

En esta tarea de revisar el razonamiento probatorio del Tribunal, deviene imprescindible contemplar las conclusiones de las diferentes pericias técnicas realizadas en el marco de la causa.

En primer lugar, llama la atención lo dictaminado por el CPN Federico Daniel Maggio, quien, entre las cuestiones más relevantes, explicó que "...Al respecto, es necesario aclarar, que las planillas aportadas por el Sr. O.F.B. - que este definió de 'ingeniería financiera' - de cuatro de los fideicomisos bajo análisis, las mismas no presentan ni exponen las formalidades que debe presentar una debida rendición de cuentas. En primer lugar, las planillas mencionadas no contienen ni la fecha de emisión ni un título que permita inferir a qué tipo de información específica se refiere. Tampoco se expone en las mismas, un detalle pormenorizado y claramente identificatorio de los conceptos que debería contener una debida rendición de cuentas, ni menos aún dichas planillas contar con documentación de respaldo que permitiera validar los montos y conceptos vertidos en las mismas. Estas planillas, de acuerdo a su forma, no expresa una rendición de cuentas con las formalidades que debería contener la misma, sino que referencia a una proyección numérica y conceptual global de rubros relativos a movimientos en ellas transcriptos".

En este orden, afirmó que "...De estas planillas correspondientes a los cuatro fideicomisos - Fideicomiso San Lorenzo 788, Fideicomiso Las Heras 175, Mendoza 45 y Córdoba 303 -, surge la mención expresa de la existencia de saldos acumulados con saldos negativos de fondos, lo cual representa por mismo una inconsistencia del contenido de las planillas, debido a que es imposible que existan saldo de caja con signo negativo (o es cero o debe ser con signo positivo). De considerarse eventualmente, que estos movimientos de fondos mencionados en estas planillas, sean realmente los ingresados y egresados, quedaría a las claras manifestado que no surge de dicha información, cuál fue el origen de fondos adicionales obtenidos, que hubiera permitido cubrir el déficit de caja que se hace mención, al contener saldos negativos de caja. Esta irregularidad permitiría concluir, sobre la inexistencia de una debida rendición de cuentas, ya que o bien no se exponen el total del origen de fondos, lo cual impide - entre otras cosas - determinar si estas diferencias de fondos se ha originado en la obtención eventual de préstamos ante terceros, utilización de fondos propios del agente fiduciario, la utilización de fondos provenientes de inversiones indebidamente registradas o fondos provenientes de los otros fideicomisos que el agente fiduciario también se encontraba administrando o por el contrario, dichas planillas contienen una

descripción de montos de gastos superior al que realmente abonado, única razón por lo cual podría justificarse las razones que los saldos de fondos hayan arrojado un monto negativo”.

Para fundamentar su aseveración, expresó que “...surgen inconsistencias manifestadas por el mismo agente fiduciario en diferentes momentos, en relación a las significativas diferencias de los montos de los egresos manifestados en estas planillas de 'ingeniería financiera' con los datos que surgen de los balances aportados a través de los estados contables de los fideicomisos, los cuales arrojan una muy elocuente diferencia de justificación de dichos egresos al 31-12-2011. Asimismo, de la falta de identificación segregada y detallada de los movimientos, es claramente advertible que surge información global agrupada en forma trimestral, lo cual desde solo este aspecto, demostraría la imposibilidad de poder catalogar estas planillas con las características que se deberían corresponder con el formato de una debida rendición de cuentas que el agente fiduciario se encontraba obligado a realizar en forma semestral, con la exigencia del cumplimiento de llevar una contabilidad circunstanciada y precisa del movimiento de fondos que se produjo en cada uno de los fideicomisos bajo análisis. **El solo hecho de no efectuar dichas registraciones, no llevar libros contables de acuerdo a las normativas legales y no presentar los estados contables (balances) por todos los períodos y para cada uno de los fideicomisos por los que ha actuado en su rol de agente fiduciario, demuestra el motivo por el cual no es posible considerar a estas planillas con el carácter de una rendición de cuentas ni menos aún como información contable que suplante las exigencias de las normativas legales vigentes.** Es que una debida rendición de cuentas constituye en la figura del agente fiduciario, la forma legalmente prevista para acreditar la adecuada gestión de un 'buen hombre de negocios' tal cual lo desarrollaré específicamente en el punto 12. del presente informe -, correspondiente a cada uno de los fideicomisos a su cargo, no solo con la finalidad de rendición de dichos fondos a los beneficiarios del fideicomiso sino también a los fiduciantes, que fueron quién efectuaron la inversión en dichos proyectos. Es a través de esta rendición, donde el agente fiduciario se encuentra obligado a suministrar un detalle circunstanciado, ordenado y documentado acerca de los ingresos y egresos de fondos y bienes, con su respaldo documental, a los efectos de que el destinatario de dichas rendiciones, pueda tomar conocimiento de las mismas para su examen, verificación y eventual impugnación, sin perder de vista que es esta la única forma de conocer cuál fue el resultado de la gestión realizada por el agente fiduciario” (el resaltado me pertenece).

Igualmente, manifestó que “el aporte al expediente

efectuado por el representante legal del agente fiduciario, de planillas de 'Ingeniería Financiera' para cuatro de los fideicomisos, como hice mención, no contiene las características que debe contener una rendición de cuentas. Agrava dicha situación, que, en ninguno de los fideicomisos, surge la existencia de estados contables (balances) auditados por profesional en ciencias económicas. Solo surge la existencia de 'Certificaciones Literales' emitidas por profesional de ciencias económicas correspondientes al Fideicomiso San Lorenzo 788 solamente de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, del Fideicomiso Las Heras 175 solamente por los ejercicios 2009, 2010 y 2011 y del Fideicomiso Mendoza 45 solamente por los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2011. La existencia de Certificaciones Literales efectuadas por el profesional de ciencias económicas en reemplazo y ausencia de un Informe de Auditoría - que es el medio por el cual se debería dictaminar sobre el contenido de la información contenida en dichos estados contables, deja en evidencia que el profesional actuante no ha podido o querido validar el contenido de la información contenida en dichos balances, limitando finalmente su labor, en solo expresar que dichos balances se encuentran transcritos en libros contables no rubricados, sin expedirse con respecto al contenido de la información en ellos contenida. De igual manera, tampoco ha podido el contador certificante - Cdr. Romero - evaluar los datos obrantes de estos estados contables irregulares y parciales de los fideicomisos, no solo por carecer de documentación de respaldo, sino fundamentalmente en que provienen - tal cual lo expresa el contador certificante -, de libros no rubricados, sin poder emitir ningún tipo de opinión profesional referida al contenido de los mismos".

Así pues, concluyó "...se puede concluir, que ninguna de estas figuras - estados contables no auditados que no surgen de libros contables y de las planillas de "ingeniería financiera", puede ser asemejada a una debida rendición de cuentas, que hubiera permitido demostrar el destino de los fondos invertidos por los inversores a cada uno de los fideicomisos bajo análisis".

En el mismo sentido, en la audiencia de debate, el perito declaró que "en los Fideicomisos, el mismo contador en lugar de emitir un informe de auditoría emite una certificación literal lo que significa que el balance surge de los libros. El problema grande es que de esa misma certificación que de los balances surge que los datos no son de libros que se encuentran rubricados. José Luis Romero es el contador. La única documentación que puedo tomar como respaldatoria son unas planillas denominadas como planillas de ingeniería financiera, esa planilla podría tomarlo como un papel de trabajo porque al no haber documentación de respaldo no cumple con el requisito de rendición de cuentas porque para cumplir con ese requisito debe tener ciertas formalidades que debe ser

una expresión clara del negocio y acompañar documentación de respaldo. Esta planilla tiene un problema fundamental para llamarla una rendición de cuenta es que en todos los periodos trimestrales terminan con saldo negativo, es imposible que tenga saldos negativos tiene o no tiene. Una gran mayoría tiene fondos negativos eso estaría demostrando que tiene saldo negativo. Intente cruzar los datos de la planilla con los datos que tenía de los balances de los fideicomisos, en todos los casos para estos tres fideicomisos si yo hago una comparación al cierre del último balance, en todos los casos los ingresos de fondo son mayores los que ingresan en la planilla financiera con lo que surge de los balances. Surge que hay más ingreso en la planilla de ingeniera financiera que en los balances. Evidentemente hay fondos que están mencionado en la planilla que no entraron a los fideicomisos desde el punto de vista del contador” (cfr. **Audiencia Debate del 27/10/2022-02:57:36 y minutos subsiguientes**).

En sentido coincidente, el consultor técnico ofrecido por la querrela, CPN Julio César Reynoso, luego de hacer una introducción sobre el funcionamiento del fideicomiso expresó que “...lo hasta aquí expresado adquiere importancia por servir de guía al analizar el comportamiento de los distintos fideicomisos administrados por O.F.B. Y ASOC S.R.L. CUIT 33-70923883-9, en su carácter de fiduciario, y sobre los cuales trabaje, donde se advierte la **trascendencia excesiva, anormal y determinante que posee el Fiduciario en cada uno de ellos**” (el resaltado me pertenece).

Dicho esto, el perito de la querrela explicó que “... por definición y concepción en la constitución, los fideicomisos arriba enunciados nunca pudieron haberse creado previendo el uso de la figura de ‘Fiduciante por Adhesión’. Resulta materialmente imposible la constitución de un fideicomiso donde los Fiduciantes NO SE CONOZCAN entre sí. La potestad en el instituto del fideicomiso la tienen justamente ellos, son los que resuelven QUIEN les administrará los fondos fideicomitados, la calidad de la obra (y por lo tanto QUIEN asumirá el rol de constructor), las condiciones contractuales, los riesgos y sus coberturas, las implicancias impositivas, etc.”. Siguiendo esta línea, el CPN explicó que “...a lo largo de la evaluación de los distintos fideicomisos puestos a mi consideración se puede apreciar que el **DESARROLLADOR U ORGANIZADOR (O.F.B. Y ASOC S.R.L., CUIT 33-70923883-9), es quien se AUTONOMBRO como FIDUCIARIO, a su vez se AUTODESIGNO CONSTRUCTOR DE LA OBRA, y por último ELIGIÓ como FIDUCIANTES – en general- a personas vulnerables (mujeres y/o personas mayores) a los cuales les VENDIÓ unidades habitacionales por un PRECIO y FORMA DE PAGO, sin embargo involucrándolos en un formato de contrato (como es el fideicomiso)**

desconocidos por completo por los participantes, haciéndolas responsables por los resultados del fideicomiso, conceptos este incluido en una de las cláusulas de los contratos madres, los cuales fueron intencionalmente ocultado al suscribir la 'Adhesión' (no se advierten su incorporación como Anexo en los contratos de Adhesión), para no ser leído y por lo tanto analizado ni evaluado" (el resaltado me pertenece).

Asimismo, el perito manifestó que "...tanto la ley N° 24.441 como el nuevo C.C.C. de la Nación, impone la INDEPENDENCIA del FIDUCIARIO, y se exige actuar 'con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él' (sic). A tal punto llega el cuidado de la 'independencia' del fiduciario en la práctica, que la Comisión Nacional de Valores, en su Resolución 290/97 introduce limitaciones en cuanto a las vinculaciones societarias entre el administrador fiduciario y los fiduciantes. La norma establece que las sociedades fiduciarias y las fiduciantes no podrán tener accionistas en común con más del 10 % de participación".

En este contexto, enfatizó que **"esto es porque el Fiduciario NUNCA puede ser parte del negocio, ya que estaríamos frente a una 'incompatibilidad manifiesta' donde se presentarían necesidades contrapuestas ya que se actúa resguardando los intereses de quienes confiaron en él o en interés propio"** También, explicó que "...la figura del Desarrollador (no siempre existe) también resulta importante, pero su límite lo impone el Fiduciario, quien protege los bienes que administra, y aquí es el mismo. Paralelamente el constructor también resulta clave, pero su límite lo impone también el Fiduciario, quien protege los bienes que administra, que en este caso también es el mismo" (el resaltado me pertenece).

Aquí, el CPN Reynoso volvió a destacar que "...En estos fideicomisos el fiduciario se reservó un poder ilimitado, manejó todo el desarrollo de cada fideicomiso a gusto y placer, de donde se desprende que la figura solo era una 'ficción' jurídica. La realidad económica muestra que los Fiduciantes por Adhesión en realidad solo era 'Clientes' y 'Consumidores Finales' ...".

De hecho, afirmó que "...el formato que se aplicó a través de la adhesión, yo en 20 años, nunca la ví porque, los que resuelven construir son los fiduciantes. Son ellos quienes deciden todo y después eligen al fiduciario y luego eligen la empresa constructora, aquí es al revés ciertamente existe fiduciario profesional no es normal que los fideicomisos se constituyan a partir de la figura del fiduciario, aquí el fiduciario está en el centro de la escena. Es al revés de lo que debería hacer".

Adviértase que el CPN Reynoso evidenció la particularidad del diseño del negocio que llevaba a cabo el fiduciario. Así resaltó que "...la figura esta transfigurada porque el fiduciario necesita una independencia absoluta en su trabajo. Imaginemos que está administrando fondos de tercero que tiene que cuidar tiene que actuar como un buen hombre de negocios necesitando constantemente ordenes al fiduciante no existe. Para mi es una empresa que vendía departamentos como plazo de entrega, 'esta figura del fideicomiso es una ficción'. Como puedo pelear con la empresa constructora y defender los intereses de los fiduciantes si yo soy la empresa constructora como puedo defender la posición de mis fiduciantes frente al desarrollador si yo soy el desarrollador. El fiduciario no puede ser parte del negocio, es más de la forma en que está diseñado esto, no se pueden ofrecer en público los fiduciaros salvo las entidades financieras o los fiduciaros inscripto en la comisión nacional de valores".

Ahora bien, sobre la administración de los bienes fideicomitidos, fue exponiendo las particularidades que pudo observar en los fideicomisos. Así, por ejemplo, sobre el Fideicomiso "Mendoza 45" manifestó que "...El fiduciario permutó, el fiduciario es la única figura que no puede tener un rol de fiduciante, fideicomisario, ni beneficiario. En Mendoza 45 se observa la existencia de un contrato de permuta de Cinthia Santillán ¿cómo puede participar el fiduciario en una permuta de dos fideicomisos que administra? No puede el fiduciario participar firmando una permuta nadie puede permutar un derecho del cual no es titular, se advierte que el fiduciario asumió el carácter de fiduciante". A propósito del Fideicomiso "Córdoba 303", también denunció que "...Lo que, si existe una rendición de cuenta general donde están los ingresos y las erogaciones, en varios de estos el saldo de caja negativa, lo cual es imposible también. En esta planilla donde están los ingresos y los egresos, lo que sí me llamo la atención es que todos los ingresos están erogados y no hay un ladrillo en la Córdoba".

De forma terminante, el CPN aseveró que "...acá hubo una malversación de fondos no se dispuso los fondos para el fin que fue creado el fideicomiso. La plata tendría que haber usado para cualquier concepto de la obra, pero fue dirigida al fiduciario o alguna de los socios del fiduciario" (**cfr. Audiencia debate 25/10/2022- 04:57:00 y subsiguientes**).

Además, no puede dejar de mencionarse que el testimonio del CPN José Luis Romero, MP N° 3601, quien prestó servicios para el fiduciario y para los fideicomisos mencionados, evidenció que solo se realizaban tareas de confección de declaración juradas y de certificación de los estados contables en alguno de los fideicomisos, no en todos. Igualmente, no puede dejar de considerarse sus manifestaciones respecto a que estas tareas se prestaron

hasta fines del año 2011(**cfr. Audiencia de debate del 24/10/2022 -03:40:00 y subsiguientes**). De hecho, esto se corrobora con la contestación del oficio obrante a fs. 896/898. Como contrapartida, se desprende que en los años posteriores no hubo un control sobre la documentación contable de la empresa fiduciaria, ni de los fideicomisos objeto de su administración.

La mención de las conclusiones periciales tiene trascendencia porque permiten la adopción de un marco explicativo general que inexorablemente deberá tenerse en cuenta para abordar la revisión del razonamiento probatorio efectuado por el Tribunal en cada uno de los fideicomisos.

7.1.b) Para empezar, cabe destacar que la defensa, sobre el Fideicomiso "Las Heras 252" afirmó que "...los denunciados de ese emprendimiento recibieron conformes la unidad habitacional. Esto quedó acreditado tanto en prueba documental, como la propia testimonial de los querellantes (...) Este emprendimiento fue terminado y entregado a sus fiduciarios oportunamente, tal cual probó esta parte con los respectivos cuadernos de prueba. El final de obra no fue extendido por autoridad competente, ya que la Sra. Lastra Lobo, fue la que inexplicablemente realizó una presentación en Catastro para que esa autorización no fuera expedida. Así quedó acreditado en el debate". Asimismo, explicó que "...sobre este tópico se extendió el testigo Octavio Campero que el Tribunal A quo no reparó en valorar su exposición en el sentido por ejemplo que el matrimonio Lastra Lobo- Wajnerman son denunciados seriales...".

En primer lugar, cabe destacar que se observa un serio déficit en la fundamentación del agravio propuesto por la defensa. De acuerdo con la transcripción mencionada, los letrados critican el razonamiento probatorio a partir del cual se acreditó la defraudación cometida por el imputado cuando ejerció el rol de fiduciario del Fideicomiso "Las Heras 252". Para tal empresa, mencionaron que tal conclusión resulta contraria a la prueba documental del proceso, como así también a las declaraciones de los querellantes. Igualmente, para fundar su posición, intentan restar eficacia probatoria a los testimonios de la Sra. Lastra Lobo y el Sr. Wajnerman afirmando que se contradice con lo declarado por el testigo Octavio Campero.

Ahora bien, mediante una insuficiente técnica recursiva, los letrados no indican cuál sería la prueba documental que demostraría el equívoco del razonamiento del Tribunal. Tampoco, mencionan el contenido de las declaraciones de los querellantes que resultaría demostrativo de la falta de configuración del delito del acusado.

No obstante, a los efectos de salvaguardar el derecho al recurso del Sr. O.F.B. corresponde realizar una revisión de las

conclusiones del Tribunal. Cabe destacar que, el *a quo* inició su razonamiento diciendo que "...En este fideicomiso tiene la particularidad que las víctimas querellantes, la Sra. Lastra Lobo y su marido Wajnerman recibieron la unidad, porque el edificio del fideicomiso de Heras 252, si bien no fue terminado tenía un avance de obra que los fiduciantes- beneficiarios con recursos propios, por la necesidad de habitar (ante el incumplimiento del fiduciario de entregar una unidad terminada) lo terminaron, es decir lo pusieron en condiciones de habitar. Está acreditado que en el expediente identificado con el N° 12537/2017, que las víctimas denunciaron por defraudación al fiduciario, querella que promueve Mario Daniel Wajnerman y María del Milagro Lastra Lobo (cf. escrito de fs. 67/81). En el debate declaraciones en los denunciados- querellante fueron precisos y claros en expresar que son víctimas del delito de defraudación por parte del fiduciario O.F.B.. Surge de la prueba de los contratos el carácter de fiduciantes y beneficiarios, que han transferido en propiedad imperfecta a O.F.B., en calidad de fiduciario el valor comprometido en el contrato de fideicomiso. Que abonaron con dinero producto de la venta de dos departamentos que eran propietarios, sin embargo sufrieron el perjuicio a su patrimonio, porque el fiduciario realizó actos que defraudó sus intereses".

En esa línea, el Tribunal agregó que "...Lastra Lobo declaró que, con su marido, Mario Wajnerman, tenían dos departamentos, una calle Catamarca N° 420, 5 'B' y otro en la 24 de Setiembre N° 695 3 'D' de esta ciudad. Pusieron en venta los departamentos y los vendieron en noviembre del 2009. Luego, con el dinero de la venta de los departamentos, primero en el 2009, y luego en 2010, le entregaron al fiduciario el dinero para la compra del duplex. Pero O.F.B. no cumplió lo que había comprometido de entregar un departamento duplex terminado, según las condiciones pactadas en el contrato, que contaba de un espacio en el 7 y 8 piso, según contrato firmado en el fideicomiso de Heras 252 de esta ciudad, según notas de adhesión a fideicomiso del 05/11/2009 y 25/11/2010". Siguiendo esa orientación, explicó que "...No está contradicho que el fiduciario era a su vez socio gerente de la sociedad 'O.F.B. y Asociados S.R.L.' que era la que iba a construir los departamentos. Esta afirmación tiene coherencia con la información de la Dirección de Personas Jurídicas, que indicó en su informe que la sociedad 'O.F.B. y Asociados S.R.L.' fue inscripta el 23/05/2005 en el libro de protocolo de contratos sociales (N° 38, Tomo IX, Año 2005, fs. 227/231) y que se halla integrada por los socios O.F.B. y O.F.B. (h). Asimismo, informó que no se inscribió disolución o liquidación y que su domicilio se encuentra en calle Jujuy 62 de la ciudad de San Miguel de Tucumán (fs. 97)".

Sobre la declaración de los querellantes, la Sala

explicó que "...Es consistente la afirmación de las víctimas que se vincularon con el fiduciario a partir de un contrato válido, que el fiduciario no cumplió en los términos acordados. Que realizó actos de disposición que generó un perjuicio a las víctimas. Los dichos de la víctima, tienen respaldo en el contenido del plano del inmueble ubicado en calle Las Heras 252 expedido por Dirección de Catastro, donde consta que el fiduciario declaró en catastro el 8vo Piso como uso común. Tiene coherencia la afirmación que fueron víctimas de defraudación a sus intereses dados en administración a través del contrato, razón por la que hicieron el reclamo al fiduciario, que no cumplía con lo pactado". En ese marco, agregó que "...la declaración de las víctimas es coincidente y precisa al afirmar que en fecha 05/05/2012 O.F.B. recién entregó la posesión del duplex pero, el 7 b le faltaba terminar y el 8 b, le faltaba más terminaciones. Que afrontaron a su costo lo necesario para habitar. Que confiaron en el fiduciario porque Mario Wajnerman conocía a O.F.B. padre, el ingeniero, esto le daba confianza. En marzo del 2011 le iba a entregar el dúplex, pero no cumplió, como se demoraba, les prestó un departamento en calle Jujuy N° 58, 9 D. A los cuatro meses comenzó a decirles que ya les entregaba pero no pasaba nada. Las víctimas a esa fecha advertían que los adelantos en la obra eran mínimos. Pero necesitaban la vivienda, entonces ingresaron a vivir en las condiciones que estaba, tenían luz de obra, garrafas de gas, en la entrada tenía chapas y tierra. Los palieres eran de cemento, se llovían, no había elementos de emergencias, funcionaba una sola bomba agua. Sufrían los perjuicios que el fiduciario no cumplió con lo acordado en el contrato, tuvieron que habitar la unidad en un total estado de obra".

En ese marco, el Tribunal valoró que esas declaraciones "...tiene relevancia porque respalda la consistencia y veracidad de lo declarado por las víctimas en la nota de adhesión al fideicomiso Las Heras 252, formulado entre Lastra Lobo, Wajnerman y 'O.F.B. y Asociados S.R.L.' el 25/11/2010, el acta de entrega de posesión a Wajnerman y Lastra Lobo -sin fecha exacta, data de Mayo de 2012-, nota de entrega de llaves de acceso al edificio de Las Heras 252 del 10/09/2012". En ese orden, explicó que "...No tengo dudas de los reclamos que con razón hicieron las víctimas ante el abuso de confianza e incumplimiento doloso del fiduciario. Es la razón por la que envían carta documento descripta en la prueba instrumental dirigida a O.F.B.. Que tiene concordancia con las denuncias realizadas por las víctimas en la Dirección de Comercio Interior el 14/11/2014 y el 29/12/2016, con expediente N° 137103 de Dirección de Catastro Municipal, que generó la resolución N° 027 de Dirección de Catastro y Edificación. También revela la situación de perjuicio que sufrían las víctimas el contenido de una copia de solicitada publicada en el diario provincial 'La Gaceta' (cf. fs. 99/100)".

A propósito de ello, la Cámara continuó razonando que "...Los reclamos de las víctimas ante el incumplimiento del fiduciario de no entregar la unidad en los términos del contrato dio origen a juicios con el fiduciario, lo que está acreditado por ejemplo con copia de acta de cierre sin acuerdo en mediación llevada a cabo en autos 'Wajnerman Mario Daniel y otra vs O.F.B. y Asociados SRL s/mediación (rendición de cuentas de fideicomiso Las Heras 252)'. Y los juicios que más adelante detallo en el texto de la sentencia, dónde hay condena civil contra el fiduciario por incumplimiento del contrato. La sospecha que expresaron las víctimas en la denuncia tiene coherencia con otros actos de reclamos. A esa fecha hicieron una nota todos los vecinos para presentarle a O.F.B. porque advertían que esa etapa, se hacían adelantos en la obra, que en su mayoría la hacían fiduciantes- beneficiarios, porque O.F.B. decía que no tenía más dinero para invertir. El propio Marcelo Francia que trabajó con el fiduciario, reconoció que al momento de la entrega de las unidades en las Heras 252, no estaba terminado el edificio, reconoció que se comenzó a entregar las unidades a los propietarios, pero faltaba la subdivisión de Propiedad Horizontal. Respecto de la obra, no estaba terminada la conexión de la luz, tenían luz de obra nada más. No tenía final de obra por lo que le faltaba terminar, entre ellos menciona, faltaban los medidores individuales de luz; barandas de entrada del edificio, etc."

Asimismo, el a quo dijo que "...considero que el testimonio de las víctimas es consistente, en cuanto que a la fecha está acreditado que el edificio continúa con irregularidades, que el fiduciario no cumplió, no tiene final de obra. La veracidad de lo expresado por las víctimas que el fiduciario defraudó los intereses que debía cuidar, está acreditado que fueron a la Dirección de Catastro para ver si los metros cuadros que les había vendido (240), se correspondía con lo declarado por él en Catastro. Ahí se dan con la novedad que entre los actos de disposición que realizó el fiduciario había perjudicado el patrimonio que le había transferido, lo revela la carpeta del edificio, **el octavo piso figuraba como terraza de uso común, cuando en realidad según el contrato el semipiso del 8 b debía ser entregado en el plazo pactado en el contrato a las víctimas.** No hay dudas de los perjuicios que las víctimas transitaron por el abuso de confianza del fiduciario, y los perjuicios que la mala administración y disposición perjudicial generó a los fiduciantes, que no invertía los bienes patrimoniales en beneficio de los fiduciantes. En tal sentido se justifica que las víctimas recurran a Catastro para que no se dé el final de obra que los perjudicaba en lo pactado en el contrato hasta que se aclare esta situación. La veracidad de la denuncia de las víctimas tiene coherencia con lo informado por la Dirección de Comercio Interior, revela que existían denuncias registradas contra 'O.F.B. y Asociados SRL'. En

este sentido, indicó que recayeron tres resoluciones de multa, una de las cuales fue apelada, que se imputaron cargos por infracción a la ley del consumidor en otra de ellas y que en la última se llegó a un acuerdo de homologación. Las denuncias las realizaron Palomo, Salas, Agüero y Lastra Lobo. Tiene relevancia para acreditar que el fiduciario no cumplió con la entrega del duplex terminado, que se comprometió en el contrato de fideicomiso madre que venció en julio del 2009. Las constancias que les entregaron las unidades a los clientes y le hicieron una tenencia precaria, donde se hizo constar las condiciones de entrega” (el resaltado me pertenece).

Sobre el testimonio de Octavio Campero, cuya declaración el recurrente afirmó que no fue debidamente valorada por el *a quo*, el Tribunal mencionó que “...que si bien no hay dudas de la enemistad que tiene con la víctima, porque dice que no pagan las expensas. Declaró que entregó un inmueble en propiedad a la firma O.F.B., que comienza con la demolición y construcción. Que al comienzo la construcción marchaba normal, pero aproximadamente a los tres años comenzó a frenarse por motivos que en aquel entonces no conocía. Que él habló en su momento con O.F.B. y le decía que faltaba vender más departamentos para seguir construyendo, que se quede tranquilo que el edificio se iba a terminar. Al tiempo vio que el edificio comenzó a ser ocupado por los inversionistas, en medio de la obra, era muy precaria la construcción. Yo pienso que la gente hizo eso porque el plazo de entrega se había vencido y no tenían donde ir. En el 2011, todo iba muy lento, le correspondía el frente del piso 6 y 7, y la terraza de uso exclusivo y además una cochera. Faltaba construir en ese entonces la terraza y colocar los pisos de parquet de los pisos 6 y 7 y otros detalles. O.F.B. le expresó que no podía continuar con la obra puesto que los adquirentes de los pisos 7b y terraza (su porción de terraza), Wajnerman y Lastra Lobo, no le abonaban el total de la operación. Que era un importe que asciendan a poco más de \$400.000 en ese entonces. Que se reunió el Dr. Mario Wajnerman en el bar del Hotel Embajador, que está en diagonal al edificio de ellos. Supuestamente le propuso al Dr. Wajnerman que el importe que le adeudaba a O.F.B. se lo entregara a tres o cuatro miembros de la propiedad Horizontal para que estos administrasen el dinero y traten de terminar el edificio. Que él se excluía de participar en la administración de ese dinero y que O.F.B., tenía obreros, ponía la mano de obra a su cargo. Que Wajnerman, respondió que de ninguna manera iba a poner ese dinero porque todo se trataba de una estafa de O.F.B.. Que sólo conoce la situación del edificio de calle Las Heras 252 que es donde vive, que no hubo ningún tipo de estafa respecto de Wajnerman y Lastra Lobo que no pagaron el total de su operación, dinero con el cual se podría haber finalizado el edificio”.

Dicho esto, la Sala explicó que "...las afirmaciones del testigo a cuanto a si las víctimas le adeudan al fideicomiso no tiene respaldo en ningún registro contable. No hay prueba que acredite la deuda que las víctimas negaron. Los dichos del testigo coinciden con la versión del imputado, sin respaldo en otra prueba independiente a lo expresado por el fiduciario. Que por supuesto en todo momento la versión del imputado de su incumplimiento que no terminó el fideicomiso era por culpa de Lastra Lobo y su esposo. Sin embargo las pruebas analizadas son coincidentes en revelar que la conducta del fiduciario, consistió en que abusar de la confianza de las víctimas, nos exige preguntarnos, por qué el fiduciario no registraba el dinero que recibió de las víctimas en una cuenta bancaria, que tenga respaldo en una contabilidad seria y transparente. Será que no le interesaba, de ese modo podía disponer del dinero en detrimento de la propiedad de las víctimas y evitar que las mismas no se den cuenta, no hagan reclamos y seguir defraudando la confianza de otras víctimas".

Siguiendo esa argumentación, el a quo explicó que "...El perjuicio que la conducta del fiduciario les generaba a las víctimas tiene respaldo en las denuncias que hacen en el Registro Inmobiliario en virtud de los perjuicios que sufrían. Que además no fue una conducta aislada, un problema que tenía con Lastra Lobo, sino que era la conducta del fiduciario en otros fideicomisos. No tengo dudas que con el fideicomiso de Las Heras 252, empezó a abusar de la confianza que en el depositaron los fiduciantes, no fue una conducta aislada, la de perjudicar los intereses de las víctimas denunciantes en el fideicomiso de Heras 252. Era el *modus operandi* que O.F.B. en su rol de fiduciario, perjudicaba a otros fiduciantes beneficiarios. Los perjuicios podrían haber sido de mayor intensidad, porque en este caso tomaron la posesión de hecho de las unidades. En otros casos la defraudación fue más grave, solo hay terrenos abandonados. Tiene consistencia lo afirmado por las víctimas que O.F.B. en el rol fiduciario, él mismo se contrata, nunca rendía cuentas, y no había división patrimonial entre la empresa y su persona individual".

También, el Tribunal infirió la presencia del perjuicio a partir de las inspecciones oculares realizadas por la Policía. En ese marco, dijo que "...la veracidad de la denuncia de las víctimas que denunciaban (sic) la defraudación a sus intereses patrimoniales tiene respaldo con lo informado por la policía, que realizó una inspección ocular en los inmuebles sitios en: San Lorenzo 788, Las Heras 175, Las Heras 252, Mendoza 45 y Córdoba 303, en particular enfatizó el estado de ellos y el grado de avance en la construcción en tales terrenos. De éstos informe, elaborados el 10/04/2017, surge sin dejar dudas que el edificio ubicado en el inmueble de calle Las Heras 252 (de 8 pisos) con 21 departamentos

presenta 4 habitaciones no terminadas en su 8vo piso –en construcción y deterioro– y que no cuenta con sistemas de seguridad, matafuegos, señalizaciones, etc. Podemos observar que el fiduciario no había cumplido con las víctimas denunciante, su conducta no era aislada, sino que su conducta defraudatoria se revela en los fideicomiso de calle Las Heras 175 se encuentra sin moradores con chapas cerrando su frente. El inmueble de calle San Lorenzo 788 es un sitio baldío y cerrado con chapas con el cartel 'O.F.B. y Asociados SRL', el inmueble de Mendoza 45 es un edificio en construcción –7 pisos– cerrado sin moradores y el inmueble de Cordoba 303 es también un sitio baldío cerrado sin moradores y con el cartel 'O.F.B. y Asociados SRL' (fs. 145/145 vta.)”.

Asimismo, mencionó que “...La respuesta del Registro Inmobiliario revela que existían 13 inmuebles matriculados a nombre de 'O.F.B. y Asociados S.R.L.' y un inmueble matriculado a nombre de O.F.B.. Según consta en la ficha registral de cada uno de los inmuebles en cuestión para constatar la titularidad de dominio y los derechos reales, gravámenes, interdicciones y otras restricciones que pesan sobre ellos”.

A propósito del destino de los fondos que debía administrar el acusado, la Sala dijo que “...Dirección Nacional de Migraciones aportó el listado de entradas y salidas del país de O.F.B. entre el 20/03/2008 y el 31/10/2015 (fs. 726/728). No hay dudas de las erogaciones que hizo en su beneficio con el dinero que percibía como fiduciario, que no llevó contabilidad para dar la transparencia del uso que hacía del dinero que entregaron los fiduciantes”.

La Cámara también analizó la prueba instrumental referida a la documentación contable, así pues afirmó que “...el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, al responder el oficio, expresó que según su sistema el CPN, el Auditor era José Luis Romero, que registró balances cerrados en los periodos 2007/2012 (31/12/2007 y ss. Hasta 31/12/2012) respecto al CUIT de 'O.F.B. y Asociados S.R.L.'. Asimismo, indicó que registró balances cerrados de los años 2009, 2010 y 2011 de Fideicomiso San Lorenzo 788; de los años 2008, 2009, 2010 y 2011 del Fideicomiso Mendoza 45; de los años 2009, 2010 y 2011. No presentó balance del Fideicomiso Córdoba 303 (fs. 738/739). Más allá de la falta de seriedad registral de los balances, según el propio contador Romero, dijo que hacía un balance literal. Advierto que en relación al Fideicomiso de Las Heras no hay ningún tipo de balance, firmado por algún otro contador”. Igualmente, mencionó que “...Por su lado la AFIP informó los padrones relacionados con el contribuyente 'O.F.B. y Asociados S.R.L.' surgiendo de allí la existencia de las firmas: Fideicomiso Mendoza 45, Fideicomiso Las Heras, Fideicomiso Rondeau 565, Fideicomiso Cordoba 303 y Fideicomiso San Lorenzo 788. A tal efecto, aportó 20

hojas extraídas de su sistema informático en lo referente a tales fideicomisos (ver fs. 741/761). Cuando se solicitó información al CPN José Luis Romero para que presente los balances completos y debidamente certificados que haya presentado ante el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas y la debida documentación respaldatoria usada para efectuar cada uno de ellos, en relación a los fideicomisos de: Jujuy 58/62 y MHF, Las Heras 242/252, San Lorenzo 788, Córdoba 303, Las Heras 175, Mendoza 45. La respuesta del mencionado CPN, dice que no tuvo vinculación alguna con el fideicomiso de Las Heras 242/252”.

Por otro lado, el *a quo* también analizó la justificación del imputado, así pues, mencionó que “...Frente a lo descripto, las explicaciones defensivas del fiduciario carecen veracidad e idoneidad para demostrar que solo se trató de un incumplimiento contractual. Tiene un fundamento su estrategia, sabe que es insolvente, que no tiene activos para responder por su incumplimiento, por ello, ante las numerosas pruebas de la defraudación a los intereses de las víctimas es más cómodo afirmar que es solo un incumplimiento contractual. No hay pruebas serias que acrediten el descargo del imputado, en que las ventas se detuvieron primero que nada por la crisis inmobiliaria. Además, culpó a las víctimas de realizar una la maniobra mentirosa, armado mediático de Lastra Lobo y Wajnerman para no pagar su deuda, como únicos fiduciantes deudores del fideicomiso de calle Las Heras 252. Reconoció que a consecuencia de ello, inició dos juicios de cobranzas, cobro ejecutivo de pesos que inició en Documentos y Locaciones por ante la Secretaría Octava (Expte. 10686/13), que actualmente tiene trámite de ejecución de sentencia a favor del fiduciario. La hipótesis defensiva del fiduciario, no ha desconocido que entregó el dúplex sin terminar, que no fue terminado de acuerdo a las pautas con las que se contrató originalmente. Esto tiene respaldo probatorio en la comparación del contenido de los contratos y las especificaciones técnicas que allí fueron detalladas, se puede ver que la unidad entregada no cumplió con lo que originalmente acordó. La constatación policial y la prueba pericial practicada en la unidad revelan que las víctimas no mentían, la policía constata que ingresó al 7mo piso del edificio ubicado en calle Las Heras 242, que el octavo piso se encontraba en total estado de abandono y deterioro, que el inmueble carece de instalaciones básicas para toda vivienda, faltaban terminaciones, no tiene matafuegos ni señalizaciones, etc. El fiduciario debía entregar a las víctimas Wajnerman y Lastra Lobo según el contrato, el 8vo piso, como unidad privativa pero en realidad fue registrada en Dirección de Catastro y Edificación como una superficie de uso común. El informe de catastro no deja dudas de la conducta que revela el abuso de confianza del fiduciario por un lado y por otro el perjuicio a la propiedad fiduciaria que le fue confiada. O.F.B., en relación al objeto

contractual específico que debía dar, no lo cumple en su totalidad (7mo piso). No cumple con el objeto específico consignado, debía entregar un dúplex que incluía el (8vo piso). Está acreditado que Wajnerman y Lastra Lobo le entregan en propiedad al fiduciario el resultado de la venta de dos departamentos”.

Sobre esta plataforma, el Tribunal explicó que “...No hay dudas que el resultado de la conducta del fiduciario fue el perjuicio a las víctimas. No entregó la unidad en plazo convenido, pasaron más de 9 años y 7 años desde que firmaron las notas de adhesión. Que en la actualidad no cumplió en entregar en las condiciones pactadas. El imputado también alegó para justificar su incumplimiento la crisis inmobiliaria, la variación de precios, la modificación de las condiciones del mercado, pero sus explicaciones son endeble, no tiene respaldo en la prueba documental o alguna pericia que así lo demuestre. El fiduciario revela una conducta sistemática de abusar de la confianza depositada por las víctimas, hay un aprovechamiento de las necesidades, lo revela la multiplicidad de víctimas y los numerosos incumplimientos con la obligación de entregar una unidad terminada. Es un claro indicio que revela la sistematicidad con la que se manejaba con los fideicomisos. No cumplió con la entrega del edificio como lo acordó en Las Heras 252, sin embargo ya empezados nuevos emprendimientos, abusaba de la confianza de nuevos fiduciantes y no cumplía con la construcción pactada”.

Nuevamente, la Sala sobre el destino de los fondos, manifestó que “...el imputado tenía conocimiento que si el dinero que recibía no lo invertía de forma prolija iba a generar el perjuicio que ocasionó a las víctimas en entregar la unidad a medio terminar. No tengo dudas que el dinero que recibió en vez de aplicar al destino específico, lo desvió para satisfacer intereses personales, emprender otros nuevos proyectos con la misma modalidad, donde también recibía otros bienes, y dejaba las obras abandonadas en claro perjuicio a los fiduciantes – beneficiarios. Esta afirmación tiene respaldo en las denuncias en la Dirección de Comercio Interior que revelan el incumplimiento contra otras personas además de las víctimas denunciantes. La contundencia de las pruebas analizadas me permite afirmar que no solo hay incumplimiento contractual de no entregar el dúplex en las condiciones acordadas, sino que la conducta reúne los requisitos de una conducta dolosa, describe los elementos del tipo penal. Describió un patrón de conducta que mantuvo en el tiempo y que revela el abuso de confianza y el actuar en detrimento del patrimonio que le fue entregado en propiedad imperfecta”.

Así pues, dijo que “...O.F.B. ha desarrollado una conducta con dolo de defraudar a las víctimas, no protegió los fondos fideicomitidos que recibió en base a la confianza, tenía el deber de administrar, cuidar y aplicar el dinero en la construcción del edificio y la unidad de vivienda que acordaron en el

contrato. En el caso el fiduciario incurre en un acto de disposición irregular, no autorizado por la norma, si bien el fiduciario tiene la propiedad de los bienes, se trata de un dominio imperfecto, porque al terminar el fideicomiso debe entregar a los beneficiarios del fideicomiso o al fideicomisario las unidades construidas. En este fideicomiso hay otra evidencia de actos de disposición que realizó el fiduciario, donde perjudicó los intereses del fideicomiso de calle San Lorenzo y en beneficio del fiduciante Kempa. Él ingresa al fideicomiso a partir de una permuta con otro departamento que tenía en otro fideicomiso. Es relevante remarcar que si el fiduciario hubiera actuado como un buen hombre de negocios y administrador no hacía esa permuta que perjudicaba los intereses y patrimonio del resto de los fiduciantes. **En última podría vender esa unidad para procurar ingresos y no permutar por otras unidades en un fideicomiso ajeno, con beneficio para el testigo Kempa, pero en perjuicio a los fiduciantes –beneficiarios porque nada de dinero ingresó a este fideicomiso.** Las pruebas que he analizado revelan que el fiduciario incurre en abuso de confianza al suscribir el contrato de permuta. El fiduciario burló la confianza de las víctimas, no tuvo sensibilidad con las víctimas que transmitieron al fiduciario todos sus ahorros con la confianza y esperanza de recibir una unidad habitacional que denominó dúplex. En un intento de defensa y para retribuir culpabilidad a las víctimas, manifestó que había vendido un espacio que era el uso exclusivo de la terraza, que eso no es lo que contrataron, sin embargo en el anexo agregado no decía terraza de uso exclusivo sino dos departamentos 7 y 8 B” (el resaltado me pertenece).

Retomando el razonamiento sobre el perjuicio, la Sala dijo que “...Las víctimas describieron el estado en el que recibieron el departamento, que tuvieron que contratar un arquitecto privado para que efectúe las terminaciones. El fiduciario reconoció que les prestó porque sabía que el matrimonio había vendido sus dos departamentos para poder acceder a ese nuevo departamento. El perjuicio que exige la figura penal se llevó a cabo con no cumplir la entrega de la unidad tal cual fue estipulado en el contrato. Además del ocultamiento. El Sr. O.F.B. como fiduciario no cumplió con los deberes que la ley 24.441 le exigía. El Sr. O.F.B. no rindió cuentas, no llevó estados contables, no realizó las asambleas. Lo hizo con conocimiento y voluntad para que los fiduciantes no se conocieran entre ellos. Esto permitió que los fiduciantes no puedan advertir y controlar como se documentaba, disponía y administraba el aporte que realizaron las víctimas. No tengo dudas que el fiduciario realizó desvío de fondos en el caso del Sr. Kempa. Es una prueba que evidencia actos de disposición en detrimento del patrimonio confiado pues en el fideicomiso de Las Heras 242/252 no ingresó suma alguna, pero sí se le entregó al Sr. Kempa un departamento. La masa conformada

por los aportes sufrió una alteración, ya que con la sumatoria y aporte de todos los fiduciantes debía construirse un edificio donde los beneficiarios eran todas las personas que fueron designadas como beneficiario y fideicomisario en el contrato. Este acto de disposición del fiduciario beneficio a un tercero, en cuanto entregó un departamento a Kempa que era ajeno al fideicomiso”.

En base a lo expuesto, el a quo infirió que “...Quedó claro que el fiduciario fue condenado a 1) Terminar el edificio ubicado en calle Las Heras 252, de esta ciudad, en el plazo de 30 días hábiles de notificada la presente sentencia; Finalizar íntegramente y con las terminaciones acordadas con los actores en la nota de adhesión al fideicomiso de fecha 25/11/2010 respecto de los dos departamentos que integran el duplex penthouse contrafrente (departamentos 'B' de pisos 7° y 8°) por ellos adquirido, en el plazo de 30 días hábiles de notificada la presente sentencia; Modificar los planos del edificio a los fines de que ambos departamentos sean considerados unidades individuales en propiedad horizontal, no figurando el departamento del 8° piso B como una 'unidad común de uso exclusivo' en la terraza, en el mismo plazo señalado; Obtener la aprobación de los planos y el final de obra correspondiente al Edificio sito en Las Heras n° 252, en idéntico plazo señalado; Escriturar los departamentos 7° y 8° 'B' que conforman un 'duplex penthouse contrafrente' a favor de los actores, en el mismo plazo; y 5) abonar a los actores la suma de \$80.000 (pesos ochenta mil) a cada uno en concepto de indemnización por daño moral, con más los intereses a calcularse en la forma considerada, en el término de 10 días hábiles de notificada la presente sentencia. No tengo dudas de las pruebas analizadas, que Lastra Lobo y Wajnerman demandaron por incumplimiento contractual, argumentaron que la unidad no se entregó en los términos y forma pactados en Nota de Adhesión al Fideicomiso suscripto el 5/11/2009. Además, no tengo dudas del beneficio a los terceros, en este caso el ejemplo es Kempa. O.F.B. en su carácter de titular fiduciario del Fideicomiso Las Heras 252, beneficio a terceros y perjudicó los bienes fideicomitidos, por ello, el dinero que recibía no fue aplicado en su totalidad para terminar el fideicomiso como lo acordaron en el contrato madre y de adhesión. No hay dudas que el hecho de que entregó a las víctimas unidades sin terminar, con conocimiento del perjuicio que causaba, su conducta tiene relevancia para el derecho penal. La realidad de los conflictos de las víctimas con los administradores del consorcio por pago de expensas que revela la declaración del Sr. Octavio José Campero no tiene idoneidad para analizar la conducta típica y antijurídica del fiduciario. El perito Reynoso en su informe aclaró que en el expediente no hay balances ni estado de cuentas sobre este Fideicomiso. Bazan y Maggio no se refirieron a este, porque no estaba entre los balances y estados contables

entregados”.

En esa sintonía, dijo que “...está demostrado que O.F.B., en su rol de fiduciario, ha perjudicado los bienes fideicomitidos en beneficio propio en cuanto utilizó el dinero en otras cosas, perjudicó el interés de los fiduciantes y en beneficio de un tercero, en el caso de Kempa Describió la conducta en el rol de fiduciario previsto por el art. 173 inc. 12 . El informe técnico arquitectónico presentado por el Arquitecto Sarcay y explicado con amplitud en el debate nos permitieron observar y entender que la unidad 8 B no estaba finalizada, y que el dúplex o la unidad completa fue entregado en un estado irregular y provisorio. Esto se corrobora con la prueba fotográfica que adjunta la querella. Al margen que fue reclamado en el fuero civil, en el marco de la responsabilidad contractual que le cabe a las partes por el instrumento que firmaron. Revela el abuso de confianza y el perjuicio en el resultado y el beneficio a terceros. Además del perjuicio creado por la confusión, es una unidad propia y distinta, o es un espacio común de uso exclusivo”.

Asimismo, la Cámara infirió que “...El tipo penal en cuestión exige un perjuicio económico concreto para que se justifique la intervención del Derecho Penal. El tipo penal en cuestión exige un perjuicio económico. En este caso, no hay dudas del perjuicio económico que causa a las víctimas, tuvieron que sufrir habitar la unidad sin terminar, sacar de su bolsillo para terminar las unidades y a la fecha no tener el final de obra ni la escritura de la unidad por la conducta del fiduciario, que sin dudas conocía el perjuicio que su conducta en las víctimas. No advierto que Lastra Lobo y Wajnerman hayan sido inducidos con engaño a suscribir el contrato. No tengo dudas por las acciones llevadas a cabo que entendieron perfectamente las obligaciones básicas como fiduciante al punto de ser cumplidas, no hay dudas que tenían la plena confianza en que el duplek iba a ser entregado en las condiciones que pactaron en el contrato y por ello, vendieron sus departamentos y entregaron en propiedad esos bienes al fiduciario. Si bien Lastra Lobo mencionó que no sabía lo que era un Fideicomiso, esa falencia cognitiva se refirió a cuestiones que tienen que ver más con puntos específicos de la complejidad de un fideicomiso. Por lo tanto, debe responder por defraudación fiduciaria en perjuicio de las víctimas denunciantes”.

De la transcripción mencionada, se aprecia que el Tribunal construyó su razonamiento enlazando los datos probatorios recabados durante el proceso. En rigor, no sólo tuvo en cuenta la prueba instrumental agregada a la causa sino también la declaración de los testigos víctimas, la Sra. Lastra Lobo y el Sr. Wajnerman. Asimismo, valoró la declaración de Marcelo Francia, quien trabajó para el acusado, y de la Arquitecta Ana Laura Gómez Jacoud

quien explicó las deficiencias en la construcción del dúplex que debía entregarse a las partes querellantes. Por si lo anterior fuera poco, también tuvo en cuenta la deficiente explicación que brindó el imputado sobre la situación.

Tampoco se evidencia error alguno en la apreciación de la declaración del Sr. Octavio Campero. Pues bien, de la revisión de las audiencias del debate emana que el testimonio del Sr. Campero no tiene el carácter desincriminante que la defensa le asigna (**cfr. Audiencia de debate del 20/10/2022, 02:16:00-02:50:00**). De hecho, la declaración del Sr. Campero refuerza la hipótesis acusatoria sobre la defraudación, pues el testigo contó las diferentes vicisitudes que los fiduciantes padecieron hasta poder tomar posesión de las unidades de las cuales eran beneficiarios. El testigo explicó que, el proyecto se entregó incompleto, más o menos en un 70% de desarrollo. No obstante, informó que fue posible su continuación como consecuencia de que los consorcistas aportaron dinero para ello. Pese a esto, remarcó que el edificio no tiene final de obra razón por la cual no cuenta con medidores individuales de energía eléctrica y agua.

Si bien es cierto que el Sr. Octavio Campero declaró que el edificio no se terminó como consecuencia de la falta de pago del matrimonio Lastra Lobo-Wajnerman, esta aseveración no tiene sustento en otros elementos probatorios. En virtud de ello, no se aprecia como un error que la Cámara haya otorgado preeminencia al testimonio de las víctimas por sobre el del testigo mencionado. Es que, el a quo sopesó la relación tensa entre el Sr. Campero y el matrimonio Lastra Lobo-Wajnerman, como así también los datos probatorios que respaldaban las declaraciones de cada uno de ellos.

En pocas palabras, la Sala analizó la hipótesis exculpatoria sostenida por la defensa. En este escenario, para ponderar su valor probatorio, se aprecia que ajustó su valoración a las pautas que viene sosteniendo esta Corte en materia de apreciación de testimonios, a saber: a) es preciso verificar si los testigos tienen algún interés u otra circunstancia de influencia en su ánimo que pueda hacerlo apartar, consciente o inconsciente de la verdad, b) fiscalizar el control interno de la declaración, evaluando si se trata de un discurso dubitativo o premeditado, c) sopesar la declaración con el resto de la prueba a fin de lograr una correcta evaluación de la eficacia probatoria (cfr. CSJT, in re "Torena Héctor Franciso s/ Homicidio", Sent. N° 102 del 26/02/2020).

Justamente, la compulsas del expediente, da cuenta que la declaración de los querellantes coincide con la prueba agregada a la causa: *i*) Resolución N° 2.427-331-DCI-15 de la Dirección de Comercio Interior, *ii*) denuncia de los querellantes ante la Secretaría de Derechos Humanos del 14/06/2016; *iii*) Resolución N° 116/DCyE/15 de la Dirección de Catastro y Edificación que resuelve

no otorgar el final de obra al inmueble sito en calle Las Heras N° 252; iv) Acta de entrega de posesión del departamento dúplex a las partes querellantes; v) informe pericial realizador por la Arquitecta Ana Laura Gómez Jacod, entre otras.

Aclarado lo anterior, corresponde expedirse sobre el otro punto de agravio de la defensa. En su escueta argumentación, los recurrentes explican que no se configura el delito porque las unidades se entregaron al matrimonio Lastra Lobo-Wajnerman.

Sobre esta plataforma, cabe preguntarse lo siguiente: ¿La entrega parcial de lo convenido obstaculiza la posibilidad de afirmar que la conducta del acusado encuadra en el tipo del artículo 173, inciso 12 del C.P.? El tipo penal exige la realización de las acciones de disponer, gravar o perjudicar los bienes fideicomitidos. La entrega parcial del proyecto, justamente, resulta demostrativa de que el fiduciario no administró los bienes fideicomitidos con la diligencia debida perjudicándolos, defraudando los derechos de las víctimas. Se recuerda que, la acción de perjudicar permite ampliar la gama de posibilidades que presentan las acciones punibles porque no se circunscriben a una sola actividad e incluye la forma omisiva como por ejemplo el abandono, la destrucción, la inutilización, la mutación el ocultamiento, el no ejercicio en defensa de los bienes fideicomitidos, es decir, todo lo que puede hacer el autor en perjuicio de los bienes entregados en fideicomiso (BAEZ Julio, "Protección del Fideicomiso Financiero", Editorial Universidad, 1ed., Buenos Aires, 2009, p. 182). De hecho, doctrina moderna explica que la defraudación fiduciaria es un delito de infracción de deber, razón por la cual constituye un actuar típico la conducta transgresora de los deberes extrapenales que el fiduciario no cumplió y que debía cumplir atento al rol que ostentaba. En efecto, "...la suscripción a la estructura de los delitos de infracción de un deber es de gran utilidad porque según surge del precepto, se puede incurrir en él actuando positivamente u omitiendo algún acto debido; si bien los verbos típicos 'disponer' y 'gravar' tienen una connotación positiva bastante fuerte, el restante verbo, 'perjudicar', es más bien de característica neutral en este aspecto, con lo que bien se podría defraudar los derechos de los cocontratantes actuando u omitiendo" (cfr. VALERGA ARÁOZ Jorge, "La defraudación fiduciaria como delito de infracción de deber" en "Derecho Penal Empresario" - YACOBUCCI Guillermo, Director-, Bdf Editores, 2010, Buenos Aires, p. 718).

El razonamiento de la Cámara demostró cabalmente que el acusado perjudicó los bienes fideicomitidos defraudando los derechos de las víctimas. También explicó cómo la defraudación se tradujo en un provecho para el imputado.

En vista de ello, por las razones expuestas corresponde descartar el agravio propuesto por la defensa.

7.1.b) Continuando, el recurrente también se agravió del razonamiento del Tribunal respecto referido a la administración del Fideicomiso "San Lorenzo 788". Así pues, dijo que "...también en este emprendimiento, se realizó la sustitución de Fiduciario con el acuerdo de todos los fiduciantes (Salvo la querellante Saracco) y no se pudo avanzar ya que esta señora solicitó una medida cautelar de no innovar a la Sala que intervenía en la presente causa (Ex Sala iv) la que hizo lugar, prohibiéndole a nuestro defendido la disposición de los fideicomisos, pero dejándole subsistente la administración de los mismos. Así lo dejó acreditado el testigo Juan Bourguignon en su exposición en el debate. Las permutas que se realizaron lícitamente siempre fueron en pos del beneficio de los fiduciantes y a pedido de los interesados. No se acreditó que fuera decisiones de nuestro defendido en forma inconsultas".

En atención al cuestionamiento, debe determinarse si la Cámara infirió correctamente que los actos de disposición realizados en el marco de la administración del fideicomiso objeto de examen fueron efectuados con el objeto de defraudar a las víctimas con la finalidad de obtener un provecho propio o brindárselo a un tercero.

Así pues, la Sala explicó que "...Las pruebas instrumentales incorporadas en el debate revelan que el contrato de fideicomiso en la calle San Lorenzo 788, vinculó a las víctimas en el rol de fiduciantes-beneficiarios con O.F.B. en el rol de fiduciario. Las partes se vincularon mediante un contrato válido. Los testigos así lo describen de forma coincidente. Tiene respaldo en las pruebas periciales del contador Reinoso, Bazan y Maggio. Los testigos que eran fiduciantes – beneficiarios fueron claros y precisos en afirmar que cumplieron con la obligación asumida en el contrato, han transferido la propiedad del patrimonio al fiduciario. El contrato se construyó en base a la confianza que el fiduciario invertiría este patrimonio para la construcción de los departamentos, que a la postre serían entregados a los beneficiarios. Sin embargo veremos que las pruebas describen que el fiduciario no hizo honor a esa confianza que los fiduciantes depositaron en él. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar revelan que desarrolló una conducta que sin dudas abuso de la confianza de los fiduciantes, tiene relevancia para la norma penal. Fueron múltiples los actos de disposición y administración en las que incurrió el imputado O.F.B. para crear el riesgo jurídicamente desaprobado, que perjudicaron el patrimonio, los bienes del fideicomiso".

En esa línea, el Tribunal afirmó que "...los actos

que llevó a cabo O.F.B. afectó el bien jurídico que protege la norma penal. La norma penal tutela la propiedad. Las partes no han contradicho las cláusulas a las que se obligaron los fiduciantes y el fiduciario O.F.B. en el llamado contrato madre. De dónde derivó que O.F.B. conocía las cláusulas a las que se comprometió en el llamado contrato madre, se obligó a realizar distintas acciones administrativas para asegurar a los fiduciantes que tengan un control sobre la obra que se debía realizar. En este sentido destaco las obligaciones que se consigna en el Punto 4 del contrato madre, el cual se encuentra agregado a fs. 61. El fiduciario tenía las obligaciones que se vincula con la diligencia del buen hombre de negocio, de la transparencia del negocio, y responder a la confianza que los fiduciantes depositaron al firmar el contrato. No desconocía que debía hacer: **A3)** Reuniones de rendición de cuentas. **A6)** Llevar una contabilidad circunstanciada y precisa del movimiento de fondos y rendiciones de cuenta que será comunicada al fiduciante y fideicomisarios; **A11)** Informar al fiduciante cualquier emergencia o anomalía que no sean simples problemas de ejecución de poca entidad asambleas”.

Dicho esto, la Cámara aseveró que “...las pruebas revelan sin dejar margen de dudas que estas obligaciones que tenía a cargo del fiduciario no las cumplió. Perjudicó el patrimonio del fideicomiso. Quebrantó el principio de confianza. Surge del análisis que el contrato madre fue firmado en la escribanía Stutz el día 17/07/2009, el cual tenía un plazo de duración de 5 años (punto segundo)”.

La Cámara aseveró que “...**podemos observar un indicador del conocimiento y voluntad de quebrantar la confianza de los fiduciantes, si observamos que con anterioridad al firmado de este fideicomiso, éste había presentado un anteproyecto ante la dirección de catastro el día 12/01/2009 (fs. 455) y uno de los primeros fiduciantes, fue José Jorge Kempa, que había realizado un primer pago, en fecha 09/06/2009. El sr. José Jorge Kempa, le entregó a O.F.B. antes de la constitución del fideicomiso un primer pago, en fecha 09/06/2009. No surge de las pruebas dónde invirtió ese dinero. No tengo dudas que fue a su beneficio personal porque el dinero ingresó a su caja. El contrato madre, revela que fue adhiriendo distintos fiduciantes**” (el resaltado me pertenece).

Asimismo, agregó que “...entre los que está Cinthia Santillán, quien en fecha 20/04/2011 ingresó a través de un contrato de adhesión al fideicomiso San Lorenzo 788 con el monto de \$86.450 (pesos ochenta y seis mil cuatrocientos cincuenta). Está acreditado con los recibos y no contradicho por las partes que transmitió en propiedad al fiduciario la suma de \$86.450 (pesos ochenta y seis mil cuatrocientos cincuenta). Se comprometió a invertir ese dinero para

construir una unidad habitacional de una extensión de 41,17 m². La fiduciante cumplió con la obligación contraída, (fue reconocido por las partes) que era el equivalente a la totalidad del monto por la unidad. Confío que al terminar el plazo el fiduciario le iba a entregar la unidad. Expresó en debate que, luego de firmada su adhesión, tendría que esperar dos años para que le entreguen la unidad”.

La Sala enfatizó que “...Pero no hay dudas, que los actos posteriores a recibir el dinero este no protegió este patrimonio, lo ingresó a una caja que el disponía en perjuicio de no cumplir con la construcción de las unidades habitacionales. De los montos ingresados utilizó dinero para nuevos costos de gestiones administrativas y tiempo extra no contemplados por los fiduciantes en el proyecto original. Había pasados casi 3 años que el proyecto debía comenzar. Los perjuicios están a la vista, la construcción del edificio no había comenzado. Asimismo, se amplió la duración del fideicomiso por un año más, es decir, hasta el 03/04/2015 (fs. 519 de la documental)”.

Ahora bien, sobre el acto de disposición, el *a quo* explicó que “...No desconozco las facultades del fiduciario de realizar acto de disposición del patrimonio fideicomitado, pero son válidos si está realizados de conformidad con lo establecido en el contrato madre. En fecha 29/06/2012, el administrador O.F.B. realiza la compra del lote contiguo al terreno de San Lorenzo 788 (San Lorenzo 782) a los hermanos Bourgignon, **no hay dudas que realizó un acto de disposición que generó un claro perjuicio a los fiduciantes. Ha (sic) esa fecha no había invertido por ejemplo el dinero recibido de Santillán entre otros para construir la unidad que debía entregar a la víctima. Lo dispuso en otro negocio donde benefició a otras personas y se benefició el propio fiduciario con el cobro de nuevos ingresos que utilizó en su propio bienestar**”. También, señaló que “...Dispuso del dinero que recibió de Santillán en nuevos gastos. El propio O.F.B. reconoció que realizó nuevos actos administrativos, además del tiempo extra vinculado al plazo contractual no contemplados por los fiduciantes en el proyecto original. **No realizó los actos necesarios para empezar la construcción del edificio.** Surge el perjuicio al patrimonio de los fiduciantes con nuevas acciones que continuaba abusando de la confianza y la necesidad de los fiduciantes. Dispuso prorrogar la duración del fideicomiso por un año más, es decir, hasta el 03/04/2015 (fs. 519 de la documental)” (el resaltado me pertenece).

Ergo, la Cámara analizó los actos de administración y disposición realizados por el acusado con respecto a *i)* José Jorge Kempa, *ii)* Patricia Saracco; *iii)* Cinthia Santillán.

i) En ese marco, expresó que “...El sr. José Jorge Kempa, describe con consistencia y veracidad que el fiduciario no cumplió con

actos de disposición y administración para proteger la propiedad de los fiduciantes. De su testimonio surge que él vivía frente a la obra, vio que el edificio no avanzaba en su construcción. No hay dudas que el dinero que recibió fue a esa caja personal que el manejó a su antojo, sin dar ninguna explicación a los fiduciantes. El testigo Kempa no deja dudas que las víctimas hicieron diversos reclamos por la no entrega de las unidades. El fiduciario en el caso era además el arquitecto y desarrollador del proyecto". El Tribunal hizo hincapié en que "...el acto de disposición que O.F.B. realiza en fecha 29/09/2012 por el cual trasladó a Kempa del fideicomiso de San Lorenzo, al único fideicomiso que tenía más avanzado en el espacio construido, no benefició los intereses de los fiduciantes. Lo benefició al fiduciario, y al propio Kempa, con esta disposición logró callar a Kempa, que no lo moleste más con sus reclamos y mantener oculta la situación en relación al resto de los fiduciantes, a quienes les causaba un claro perjuicio a su patrimonio. Un indicador de la manipulación y abuso de confianza del fiduciario fue decirle a Kempa por ejemplo que tenía la esperanza de empezar a construir. La realidad de los hechos demuestra sin dejar dudas sabía que no iba a cumplir, porque no invertía el dinero que recibió de los fiduciantes en construir las unidades, dispuso el dinero en su beneficio, (no hay dudas que ingresó ese dinero a la caja que el administraba y lo gastaba como quería), además beneficiaba a terceros".

Siguiendo esa orientación, el a quo dijo que "...El imputado tenía conocimiento que había abandonado el patrimonio de los fiduciantes, era coherente con los actos defraudatorios que estaba llevando a cabo de manera continuada y sistemática en perjuicio de los fiduciantes - beneficiarios, explica porque no le interesó llevar una contabilidad seria y prolija".

La Cámara valoró negativamente que "...la conducta del fiduciario obligó que en año 2012, el Contador José Luis Romero deje de prestar servicios para los fideicomisos por falta de pago su trabajo. El contador relató que en el año 2012 ya había informado que no iba a continuar sus servicios, tenía problemas con el cobro de sus honorarios desde el año 2010/2011. Revela que la situación de los fideicomisos era complicada financieramente. El fiduciario incurre en el abandono del patrimonio que recibió de los fiduciantes, causó a sabiendas el perjuicio, que se concreta en el resultado (...) No tengo dudas que la conducta del fiduciario fue defraudar los intereses de los fiduciantes, no hay dudas que las víctimas le hicieron los reclamos ante la falta de entrega de las unidades. Los fiduciantes fueron víctimas de las constantes evasiones y excusas del fiduciario. Tiene coincidencia con el contenido de la carta documento enviada por Zaira Auad de Díaz en fecha 19/03/2014. El fiduciario defraudó los intereses y el patrimonio de muchas personas".

ii) La Sala mencionó que "...la Sra. Patricia Saracco en fecha 22/07/2014, sufrió las consecuencias de la conducta del fiduciario, que le generó serios perjuicios al patrimonio entregado en virtud de un contrato válido. El fiduciario tenía el conocimiento y voluntad de aprovechar la confianza de la sra Saracco para causar el perjuicio al patrimonio que ella le entregó en propiedad imperfecta. El fiduciario dispuso de ese dinero en su beneficio, no lo invirtió en el edificio, sabía el perjuicio que le iba a causar. **Si hubiera comunicado a las partes de forma adecuada la contabilidad, la rendición de cuentas de como administraba el patrimonio que recibió, la víctima podría haber evitado el perjuicio.** El embargo preventivo del terreno dictado en la causa 'Graneros Silva c/ O.F.B.' de fecha 25/08/2014. No fue evitado por el accionar de O.F.B.. Es importante destacar en este punto que el mencionado embargo no se lleva a cabo gracias al rápido accionar de los fiduciantes, la familia Bourignon, quienes presentaron, según sus dichos, una tercería de mejor derecho. En fecha 29/08/2014, el fiduciario sabía que tenía saldo negativo en la cuenta bancaria, esto generó que se pase a legales el 27/02/2015, según lo evidencia la prueba (CP3 pg179). Más adelante, el a quo dijo que "...En el caso de la Sra. Saracco, al igual que al resto de los fiduciantes tenía conocimiento, recibía el dinero en propiedad fiduciaria, realizaba actos de disposición fuera del marco autorizado, sabía que no iba a entregar el departamento, que el resultado iba a ser un perjuicio a la víctima, recibió los doce pagos que realizó la víctima en virtud de la confianza que depositó en el fiduciario O.F.B.. La víctima no pudo evitar, darse cuenta que éste iba a disponer de su dinero para otros fines. La conducta dolosa fue posterior, la engañaba con la falsa promesa que iba a recibir su unidad en el tiempo pactado. La testigo declaró que: 'El día 6 o 7 de noviembre de 2016, a la mañana me mandan un mensaje de whatsapp incorporándome a un grupo. Ahí empezaron a hablar de plano, de carpeta, yo no entendía nada. Me contestaron tres personas que a las 10 de la mañana se iban a reunir en el Postino. Fui a esa reunión. Tenía en mi cartera la plata para pagar la cuota. Me acerco, y me empiezan a contar que esto era una gran estafa, que no estaba construido nada. Este local comercial era para mi hijo. Él me decía que no había avances. Cuando fui la gente me dijo que el Sr. estaba lleno de juicios. Yo me quería infartar'. Se dio cuenta que algo malo para sus intereses patrimoniales estaba sucediendo, vio que en la empresa que había un banner al principio. Ese banner desapareció, después desapareció el escritorio, después la atendían arriba directamente. Fue atendida por el Sr. Marcelo Francia. Estaba sacada. Le mandé un mensaje a mi hijo diciéndole en donde estaba y le dije que llamé al 911 cualquier cosa si no volvía" (el resaltado me pertenece).

Ergo, el a quo explicó que "...el fiduciario reconoció

que recibió de la víctima Saracco en el segundo trimestre del 2014 la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000), a pesar de que la víctima pagó acredita con recibos que pago un total de pesos doscientos cincuenta mil ochocientos (\$250.800) por una unidad, que sería un local comercial. c. Además reconoció que la víctima Saracco en el tercer trimestre del 2014 abonó la suma de pesos setenta y dos mil cincuenta con ochenta y siete centavos (\$72.050,87), siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos doscientos trece mil (\$213.000) por el local comercial, conforme la documentación obrante en la causa. En el cuarto trimestre del 2014, reconoció que abonó la suma de pesos cuarenta y tres mil treinta con cuarenta cuatro centavos (\$43.030,44). La víctima refiere una pequeña diferencia, la suma de pesos (\$43.576,41)"".

iii) Igualmente, sopesó que "...Otras afectaciones al patrimonio del fideicomiso lo representan los diversos reclamos que efectúa la víctima Santillán. El imputado O.F.B. se compromete a realizarle un pago mensual con dineros del fideicomiso. No cesó en llevar a cabo actos de disposición de administración en perjuicio de los intereses patrimoniales de las víctimas, esto revela que fecha 30/09/2015, obra otra acta de reconocimiento de obligaciones (CP8 pg 187)".

Ergo, el Tribunal hizo hincapié en que **"...Otro ejemplo de disposición del fiduciario que genera perjuicio al patrimonio de los fiduciantes es el pago que realiza a la víctima Apino, que en realidad pertenecía al fideicomiso de Mendoza 45. Sin tener el consentimiento del resto concreta un acuerdo con la Sra. Apino y le realiza un pago por la demora de la construcción de Mendoza 45, con 2 cheques, pertenecientes a la San Lorenzo 788, por \$11.345 (pesos once mil trescientos cuarenta y cinco) cada uno. Este acto de disposición del patrimonio que debía proteger en realidad, usar el dinero en la construcción que se comprometió, y no disponer de este dinero para beneficiar a una fiduciante de otro fideicomiso. Hay una palpable la mezcla de patrimonios entre fideicomisos, como ya lo expliqué"** (el resaltado me pertenece).

En esa línea, explicó que "...otro acto que revela el abuso de confianza en él depositada, que quebrantó en múltiples oportunidades, en esta línea, el 06/11/2015, el imputado O.F.B. realiza una permuta con la Sra. Cinthia Santillán. En dicho acuerdo el fiduciario dispone la permuta porque la construcción del edificio de calle San Lorenzo 788 se volvió de imposible cumplimiento. Pero podemos advertir que el abuso de confianza en la administración de los intereses del resto de los fiduciantes a O.F.B. no le interesó. No tengo dudas que hacía estos acuerdos de permutas para poder seguir burlando la confianza del resto y utilizando

el dinero que recibía. No le convenía rendir cuenta al resto, de otro modo se le cortaba la defraudación que sistemáticamente estaba llevando a cabo de forma absolutamente impune. A la fiduciante Santillán le habían prometido la entrega del departamento en el plazo de 2 años. La víctima declaró: 'Ya en el 2015, agosto, me acerco a la constructora para hablar y ver si había conseguido el inversor y me dice que no, le pregunto por mi plata y me dice que estaba invertida en materiales. Vuelvo a encontrarlo en reunión con mi abogado y le dice que me tenía que devolver la plata si no iba a construir'. El en ese momento le ofrece, el Sr. O.F.B. una permuta del departamento que contrato en calle San Lorenzo 788, por otro en calle Mendoza 45, que el departamento que ya estaba avanzado, le podía entregar en dos años". Nueva conducta de defraudar la confianza de los fiduciantes, porque la permuta no solo perjudico los intereses de fideicomiso de San Lorenzo, sino también los intereses de los fiduciantes del edificio de Mendoza 45, que no fue construido".

Asimismo, manifestó que "...Otra evidencia de no proteger y perjudicar el patrimonio de las víctimas fiduciantes fue no registrar la suma de pesos ciento veintitrés mil quinientos (\$123.500) aportados por la víctima Cintia Maria Santillan para la compra de una unidad funcional ubicada en el piso 5 "A" del fideicomiso de San Lorenzo 788. Sin embargo realizó el acto de disposición en claro perjuicio de los intereses confiados, al permutar en el segundo trimestre del 2011, y trasladar al fideicomiso de Mendoza 45. No hay registros contables que explique la operación contable que realizó, solo debemos confiar en la planilla que el fiduciario confeccionaba a su antojo, buscando justificar de algún modo la conducta dolosa para concretar con conocimiento generar los perjuicios, gozar de los beneficios de usar el dinero a su antojo y no ser descubierto. La permuta la llevó a cabo en fecha 06/11/2015, a través de este acto de disposición que no estaba autorizado porque perjudicaba el patrimonio y los intereses de los fiduciantes. La pasó de ser fiduciante del Fideicomiso San Lorenzo 788 y revestir el carácter de fiduciante adherente y beneficiaria en el fideicomiso de Mendoza 45. Le prometió que le iba a adjudicar la unidad ubicada en el piso 4 'A'..."

Siguiendo con esta orientación, el Tribunal indicó que "...el fiduciario reconoció que recibió de la víctima Saracco en el segundo trimestre del 2014 la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000), a pesar que la víctima pagó acredita con recibos que pago un total de pesos doscientos cincuenta mil ochocientos (\$250.800) por una unidad, que sería un local comercial. c. Además reconoció que la víctima Saracco en el tercer trimestre del 2014 abonó la suma de pesos setenta y dos mil cincuenta con ochenta y siete centavos (\$72.050,87), siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos doscientos

trece mil (\$213.000) por el local comercial, conforme la documentación obrante en la causa. En el cuarto trimestre del 2014, reconoció que abonó la suma de pesos cuarenta y tres mil treinta y cuatro centavos (\$43.030,44). La víctima refiere una pequeña diferencia, la suma de pesos (\$43.576,41).

En base a lo expuesto, la Cámara razonó que "...Las pruebas analizadas son precisas y concordantes, tienen idoneidad para alcanzar la convicción con certeza que O.F.B. violó la obligación de obrar en beneficio de los fiduciantes – beneficiarios, favoreció a terceros y además disfrutó del dinero que recibió, no lo invirtió para construir el edificio de San Lorenzo y tampoco el de Mendoza 45. Su conducta describe un acto de disposición con dolo directo, no tengo dudas en su intención defraudatoria. No tengo dudas del riesgo jurídicamente desaprobado que en forma dolosa ha creado O.F.B. en su rol de fiduciario, no obró en beneficio de los fiduciantes, favoreció a los terceros con total arbitrariedad. No tengo dudas que su accionar estaba vinculado a satisfacer intereses personales, por ello ocultó varios años la disposición arbitraria que hacía del dinero recibido, de otro modo la defraudación sistemática que venía realizando no hubiera continuado. La conducta típica, antijurídica y culpable en este fideicomiso, está revelada de la siguiente manera: la prueba documental analizadas es coincidente con los testimonios de las víctimas y la prueba pericial, revelan que los fondos pertenecientes al fideicomiso no fueron invertidos con exclusividad a este. Dispuso de cheques y permutas de un fideicomiso a otro, generó el perjuicio a las víctimas al no invertir los fondos con absoluta exclusividad para la ejecución de cada fideicomiso".

Asimismo, el Tribunal sopesó las justificaciones del imputado afirmando que "... El descargo de O.F.B. a partir de la planilla de Ingeniería Financiera, que el mismo construía sin control de nadie, revela que no era precisa y circunstanciada. a.El fiduciario erogó por el terreno la suma de pesos dos millones (\$2.000.000) cuando en realidad, según Testimonio de Escritura N° 187, el precio por el terreno fue de pesos cuatrocientos cincuenta y nueve mil ochocientos cincuenta y cuatro con sesenta y seis centavos (\$459.854,66). Surgiendo de su 5° estipulación que a esta compra la realizó para el fideicomiso de las Heras 157, en su carácter de fiduciario, no está acreditado en los registros contables de que fideicomiso sacó el dinero".

Dicho esto, la Cámara afirmó que "... En definitiva, perjudicó los intereses confiados con conocimiento y voluntad. Se representó el perjuicio en el resultado de su accionar, llevó adelante su accionar sin importarle en lo más mínimo el daño que originó a los fiduciantes, que desgastaron su salud y perdieron sus ahorros, porque no recibieron los departamentos. Pero sin dudas el

fiduciario disfrutó la buena vida con el dinero que recibió. Al fiduciario para llevar a cabo los perjuicios a los fiduciantes no le hacía falta un contador que lleve la contabilidad de la obra y que audite el manejo de los fondos, y que elabore informes sobre el movimiento patrimonial, que consigne por escrito su opinión sobre el desarrollo de la obra. Porque de este modo no hubiera logrado el resultado del riesgo que había hecho realidad en el resultado. En el perjuicio que les generó a las víctimas”.

Para arribar a tal conclusión, argumentó que “...El Contador Romero si bien trabajó en este fideicomiso, como ya mencionamos, su vinculación con O.F.B. y Asoc. S.R.L. finalizó en el año 2013. Pero fue claro en afirmar que no podía dar explicaciones de lo que hizo el fiduciario con el dinero, él anotaba en los papeles contables la información que O.F.B. quería hacer constar. No acreditó que los montos de dinero que ingresaron al fideicomiso y disponía el fiduciario hayan sido invertidos en el fideicomiso. Se realizaron balances sobre la economía “informal” que el imputado menciona, No lo contrató al contador para que emita opinión sobre si la empresa era solvente o no. Para llevar a cabo la acción dolosa de quedarse con el dinero de las víctimas y no invertirlo en las obras, no le interesaba adoptar medidas técnicas, de precaución necesarias, por ello no tenía el auditor técnico y el contador que debían suministrar un informe escrito, previo a la iniciación de la obra, acerca de cuáles son los recaudos y su modo de ejecutarlos. La razón de no informar a los fiduciantes cualquier emergencia o anomalía que no sean simples problemas de ejecución de poca entidad, no era compatible con el plan de defraudar del fiduciario. El imputado O.F.B. tuvo muchas oportunidades para informar a las víctimas de lo que realmente estaba sucediendo. Pero claro si realizaba asambleas, reuniones entre fiduciantes e incluso estos no se conocían, seguro iba a ser descubierto por las víctimas y hubieran impedido que concrete el perjuicio al patrimonio que le confiaron mediante los contratos. Todas las pruebas son concordantes y consistentes en revelar que O.F.B. no administró los fondos fideicomitados con la prudencia y diligencia de quienes actúan sobre la base de la confianza y la buena fe depositada en él”.

En cuanto al testigo Bourguignon, el Tribunal expresó que “...No caben dudas ni fue contradicho en ningún momento del juicio que los fiduciantes se acercaron a la empresa del imputado O.F.B. atraídos por la popularidad de su apellido. Bourguignon, por ejemplo, manifiesta: ‘Vimos un par de proyectos terminados, calle Jujuy primera cuadra y Mendoza al 200. No los conocía en lo personal, lo conocí con motivos de esto’ ...”.

Por otro lado, el Tribunal vinculó lo mencionado con las pruebas contables. Así pues, dijo que “...la conducta de defraudar que llevó

adelante el fiduciario tiene coherencia con el contenido de las pericias contables. El contador Reinoso fue contundente, determinó que en el presente fideicomiso existió una pasividad manifiesta del fiduciario en cumplimiento de sus funciones; no existieron 'convocatorias a Asambleas' ni 'constituciones de asambleas' para presentar las rendiciones de cuentas; no consta que se haya presentado rendiciones de cuentas a los fiduciantes, no existen asambleas donde se exponga la marcha de las obras a los fiduciantes, no existen presentaciones de DD.JJ. en ningún organismo; la rendición de cuentas aportada por la fiduciaria en el juicio muestra mensualmente un saldo de caja negativo. No hay dudas que conocía el perjuicio que se iba a revelar en el resultado de este modo de disponer y administrar el patrimonio confiado. La versión exculpatoria del imputado, quien niega haber tenido la intención de defraudar a los fiduciantes, carece de idoneidad para desvirtuar la contundencia de la prueba para acreditar el dolo directo de sus acciones y omisiones para lograr el resultado de perjudicar el patrimonio que entregaron los fiduciantes, no construir las unidades y disponer del dinero en su beneficio y de terceros. No resulta creíble y serio su afirmación que realizó las reuniones que exige la ley, que lo hacía cada 6 meses, sin embargo, expresó que no dejaba constancia en los libros. Asimismo, dijo también que la plata aportada por los fiduciantes está invertida en materiales, y que los mismos se guardaban dentro de las obras. Pero los materiales no están. Por otro lado, al ser preguntado respecto a cuanta cantidad de metros cuadrados vendidos necesitaba para comenzar a construir la estructura, expresó: Un 25% es la estructura".

En ese marco, dijo que "...Son unánimes los testimonios de Patricia Saracco, Cinthia Santillán, Juan Bautista Bourignon y José Jorge Kempa en señalar que no existió información alguna de que hacía con el dinero que recibió, el arquitecto les contestaba con evasivas. No existe prueba alguna que demuestre que los materiales que el imputado dice haber adquirido para el fideicomiso se hayan adquirido efectivamente. Conforme surge de la prueba de inspección ocular, no vieron materiales en el fideicomiso de San Lorenzo 788, como así tampoco se demostró que dichos materiales se encuentren en un galpón. Para la hipótesis que ya contaba con el 25% necesario para comenzar con la edificación de la estructura (1327m² de 4681m²), luego de 7 años de fideicomiso (hasta la interposición de la denuncia), no realizó ninguna construcción".

En este escenario, afirmó que "...las pruebas analizadas me permiten alcanzar la convicción con certeza que el fiduciario crea un riesgo no permitido, que el perjuicio a las víctimas está presente en el resultado. Realizó acciones y omisiones dolosas en perjuicio de los fiduciantes-beneficiarios. Recibió el patrimonio que transmitieron en dominio imperfecto los fiduciantes, no lo

protegió, actuó en desmedro, se benefició con el dinero recibido, además benefició a terceros con el patrimonio del fideicomiso que en realidad debía proteger”.

En resumidas cuentas, se aprecia que el Tribunal analizó como el fiduciario administró los bienes fideicomitidos para la construcción del proyecto de edificio sito en San Lorenzo 788. Concretamente, evaluó los actos de disposición que realizó el acusado. Para ello, sopesó la prueba instrumental, documental y los testimonios de las víctimas Jorge Kempa, Cinthia Santillan y Patricia Saracco apreciándola a la luz de los deberes inherentes a su rol de administrador, a saber: *i)* rendición de cuentas; *ii)* llevar una contabilidad circunstanciada y *iii)* deber de información a los fiduciantes. Desde este atalaya, se vislumbra que los actos de disposición que realizó el acusado, si bien estaban contemplados en el contrato madre de fideicomiso, no fueron realizados en coincidencia con el objeto de previsto para el mismo. Al contrario, fue un reordenamiento de los fiduciantes en otros fideicomisos efectuado como consecuencia de que el proyecto de San Lorenzo 788 no avanzaba. De ese modo, luce claro que esos actos de disposición fueron efectuados para defraudar, pues el acusado conocía de la imposibilidad de que el proyecto llegue a su fin.

A propósito del asunto, debe aclararse que la acción típica no se configura por cualquier acto de disposición de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario. Pues, lo trascendental en la administración del fideicomiso radica en que dicho acto debe fundamentarse en la consecución del fin perseguido por el fideicomiso. El fiduciario puede disponer o gravar la cosa dada en fideicomiso, pero la decisión de hacerlo no está sujeta a su libre albedrío, pues solo está facultado para hacerlo cuando el acto en cuestión sea necesario o conveniente (KIPER Claudio M.- LISOPRAWSKI Silvio, op., cit., p. 299). Bajo este marco conceptual, el hecho de que el fiduciario haya pagado a un fiduciante de otro fideicomiso con cheques del fideicomiso bajo examen no solo importa un acto de disposición que excede los fines del fideicomiso sino también importa un perjuicio a los bienes fideicomitidos con la intención de beneficiar a una persona que no revestía el carácter de beneficiario o fiduciante del proyecto de San Lorenzo 788.

El mismo razonamiento puede proyectarse con respecto a la permuta que realizó el fiduciario. Sobre esta circunstancia, se recuerda lo que dijo el CPN Reynoso, cuya explicación debe tenerse presente, a saber “...*El fiduciario permutó, el fiduciario es la única figura que no puede tener un rol de fiduciante, fideicomisario, ni beneficiario. En Mendoza 45 se observa la existencia de un contrato de permuta de Cinthia santillan ¿cómo puede participar el fiduciario en una permuta de dos fideicomisos que administra? No puede el fiduciario participar firmando una permuta nadie puede permutar un derecho del*

cual no es titular, se advierte que el fiduciario asumió el carácter de fiduciante” (cfr. Audiencia debate del 25/10/2022- 03:22:29-04:55:15).

En vista de ello, por las razones expuesta corresponde rechazar el agravio.

7.1.c) Ahora bien, con respecto a la crítica sobre las conclusiones a la que arribó el a quo sobre el Fideicomiso “Las Heras 175”, la defensa cuestionó que “en este Fideicomiso, se avanzó en la construcción hasta un 50% ya que en el lugar se encuentra una obra con tres torres construidas con mampostería y subdivisiones, habiéndose acreditado en el debate, que el dinero de los fiduciantes se encuentra invertidos en esa obra. El Tribunal sentenciante, no justipreció el dinero invertido en esa obra no obstante haber expuestos los montos por parte de nuestro defendido en el debate, una de las más avanzada de los emprendimientos judicializados (sic). Sólo se limitó a condenarlo por haber paralizado la obra, sin atender a las razones financieras que nuestro defendido explicó en el debate con pruebas incluidas”.

Nuevamente, se aprecia una carencia argumentativa por parte de la defensa técnica del imputado. Pues se limita a aseverar que se avanzó en la construcción del proyecto afirmando dogmáticamente sin mencionar prueba alguna que demuestra la inexistencia de defraudación puesto que “...el dinero de los fiduciantes se encuentra invertidos en esa obra”. El recurrente no explica porque el mero hecho de que la obra haya avanzado obstaculiza la configuración del injusto penal.

En idéntico sentido, el Sr. Ministro Fiscal señaló que “...En lo que hace al fideicomiso ‘Las Heras 175’ los recurrentes sostienen que la obra a la que se comprometió su defendido avanzó hasta un 50%, habiéndose acreditado que el dinero de los fiduciantes fue debidamente invertido en ella. Agregan que el tribunal de juicio no tuvo en cuenta el dinero invertido por su defendido en esta obra, ni las razones financieras expuestas por su defendido respecto a su paralización. Nuevamente, se advierte un notorio déficit argumentativo en el libelo recursivo. Nada dicen los letrados defensores, respecto a la afirmación del tribunal a quo de que ‘Derivo de las pruebas instrumentales, testimoniales y periciales que existió una administración perjudicial en la administración que llevó a cabo O.F.B.. Así, en la escritura n° 187 del 25/11/2009, se describe que la compra del inmueble de San Lorenzo n° 788 la realiza para el Fideicomiso Las Heras 175 con dinero del propio Fideicomiso Las Heras 175, por lo cual no queda claro para qué fideicomiso es la compra’. De igual modo guardan silencio respecto a lo afirmado por el perito Reynoso que al explicar su informe sostuvo que de la propia planilla de ingeniería financiera que llevaba O.F.B., la cual

puede ser tomada como papeles de trabajo, surge que no existían fondos suficientes para pagar el inmueble al momento de su compra. Tampoco emprenden si quiera el intento de desvirtuar la conclusión arribada por el tribunal de juicio, en base a un adecuado análisis del plexo probatorio, respecto a la mezcla constante de patrimonios perteneciente a los distintos fideicomisos en que incurría su representado, lo cual configura una administración fraudulenta. Nada dicen respecto a los testimonios de las víctimas -fiduciantes- Sara Josefina Taconi, Carlos Agüero, Mareile Ada Hinz, Claudia Elena Alonso, Nilda del Carmen Fernández, Elena Salas de Terán y María Cristina del Carmen Juárez, a partir de cuyo análisis el tribunal de juicio, junto al de la prueba documental y pericial, tuvo por acreditado que O.F.B. no obró con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocio, abusando de la confianza depositada en él, defraudando a los co-contratantes en su rol de fiduciario, provocando un claro perjuicio en el patrimonio de aquellas. Destaca el tribunal que la falta de información a los fiduciantes por parte del acusado en su rol de fiduciario era una constante, como así también la falta de convocatorias formales o informales a asambleas informativas, lo cual no fue discutido por los letrados defensores en esta oportunidad recursiva”.

En resumidas cuentas, el agravio luce insuficientemente fundado. Consecuentemente, se recuerda que esta Corte aseveró “...para que un recurso pueda ser calificado y valorado como tal, debe resultar autosuficiente y contener una crítica razonada y concreta de los criterios o fundamentos de la sentencia. Sucede que si se aduce que la sentencia es desacertada y los agravios no demuestran el desacierto, no se avizora como podría lograrse la revisión de aquélla, sino supliendo la actividad crítica del impugnante y hallando agravios idóneos allí donde no se los ha manifestado, lo que legalmente le está vedado a este alto tribunal local. El déficit mencionado sella en forma adversa la suerte del remedio intentado y así debe ser declarado” (CSJT, “Bank Boston National Association vs. Musa Humberto Eduardo s/ Ejecución hipotecaria”, Sent. N° 375 del 14/5/2007; “Supercanal S.A. vs. Municipalidad de Juan Bautista Alberdi s/ Inconstitucionalidad”, Sent. N° 753 del 29/7/2015, “Suances, Francisco Alberto y otros s/ Vaciamiento societario-administración fraudulenta-fraude-prevar”, Sent. N° 1.456 del 27/08/2019).

7.1.d) En este apartado, se analizará la crítica de la recurrente dirigida a desarticular el razonamiento probatorio del Tribunal con respecto al Fideicomiso “Córdoba 303”. En efecto, la defensa técnica manifestó que “en este fideicomiso, se llegó un acuerdo absoluto con todos los fiduciantes (salvo la señora Palomo), pero ese acuerdo no pudo concretarse ya que al poner a

consideración de la Sala (Ex Sala VI) interviniente tal acuerdo, aquel Tribunal volvió a rechazar, argumentando que 'los Fideicomisos eran la garantía de los querellantes'. Este preacuerdo fue acreditado en el debate con todas las escrituras notariales suscriptas oportunamente por nuestro defendido y los fiduciantes de ese emprendimiento, pero estas pruebas no fueron suficientes para convencer a la Señoras Juezas, que O.F.B. no tuvo la finalidad de delinquir. Los mismos testigos que expusieron en el debate, expresaron la conducta que tuvo nuestro defendido (Sra. Pastoriza Ferro, Sr. Muro, Sr. Stok Sra. y Sr. Rey, entre otros)".

Se recuerda que, la Cámara tuvo por acreditado el acaecimiento de la defraudación ponderando que la conducta del imputado dirigida a defraudar los intereses de los fiduciantes, quebrantando la confianza de los fiduciantes, se repite de forma similar al fideicomiso analizado precedentemente. En ese marco, el Tribunal explicó que "...en el rol de fiduciario promueve la firma del contrato de fideicomiso en calle Córdoba, el 13/09/2012. Está acreditado con certeza que en esa fecha no había cumplido con los otros fideicomisos que vengo analizando, sin embargo, no era suficiente el perjuicio que ocasionó en el patrimonio de las víctimas que referí. O.F.B. inicia un nuevo emprendimiento, más céntrico y atrayente para posibles inversores. Da inicio al fideicomiso de administración al costo, mediante acuerdo de partes expresado en actuarial N° 01465846, Raúl Esteban Rey y María Cecilia Rey de Unzaga le transmiten su patrimonio en propiedad imperfecta al fiduciario. Las víctimas firman un contrato de fideicomiso válido, pero el fiduciario aprovecha la confianza y el acuerdo consagrado en el contrato, para disponer en fecha 14/09/2012 del dinero que le entregaron los fiduciantes, Raúl Esteban Rey, con un aporte de \$840.000 y María Cecilia Rey de Unzaga, con \$360.000".

En ese plano, la Sala destacó que "...El fiduciario luego de tener la facultad de disponer del patrimonio que le había sido confiado, realiza un acto de disposición en claro perjuicio a los intereses de los fiduciantes-beneficiarios. Realiza acto de disposición que significaba la confusión de patrimonios entre los distintos fideicomisos que venía defraudando. Podemos advertir que consigna en su planilla el monto que arbitrariamente dispuso para la compra del terreno figura en el contrato de fecha 13/12/2012 por el monto de \$1.200.000 (...). Sin embargo según sus dichos consigna en la planilla de ingeniería financiera que abonó la suma de \$3.600.000 (...). La defensa en los alegatos, trató de justificar la diferencia en qué el valor consignado en los contratos era el valor fiscal de los terrenos".

Por otro lado, el Tribunal agregó que "...Posteriormente fue adhiriendo el resto de los fiduciantes, entre los que podemos

mencionar a **i)** Victorio Stok entre el año 2012 y 2013; **ii)** Fabiana María Pezza en marzo del año 2013 con un aporte de \$320.000 por un dpto.....; **iii)** En fecha 05/2013 José Ignacio Berenger con \$1.000.000 y María Silvia Acosta con \$270.000; **iv)** Pastoriza Ferro con \$286.300 en fecha 16/06/2013, \$355.123 en fecha 16/08/2013 y 72.000 en fecha 10/10/2014” (la enumeración en negrita me pertenece).

v) Posteriormente, la Sala dijo que “la denunciante Mirtha Delina Palomo que ingresó al fideicomiso en fecha 02/03/2014, un pago en anticipo de \$340.000 que consta agregado a la causa en fs. 1188 de la documental. Asimismo, el contrato adhesión lo firma el 14/03/2014 realizando el pago de \$518.000. Luego, en fecha 20/02/2015 agrega una cochera”. En esa inteligencia, estableció que “...las pruebas de los contratos no dejan dudas que O.F.B. en el rol de fiduciario administró y dispuso de manera perjudicial al interés de los fiduciantes del patrimonio que estos le entregaron. No hay dudas que recibió de la víctima fiduciante- beneficiaria el primer trimestre del 2014 la suma de pesos trescientos cuarenta mil (\$340.000) por un departamento, más pesos treinta y dos mil (\$32.000) por la cochera. La víctima pagó un total de pesos ochocientos sesenta y seis mil doscientos (\$866.200) por el departamento. En el segundo trimestre del 2014 abonó la suma de pesos treinta y ocho mil ochocientos setenta y siete con cuarenta y tres centavos (\$38.877,43) por el departamento más pesos tres mil novecientos sesenta y dos con sesenta y cinco centavos (\$3.962,35) por la cochera, siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos sesenta y cuatro mil setecientos veintiuno con setenta centavos (\$64.721,70) por el departamento, mientras que en la cochera no había pagado nada ya que todavía no la había contratado, conforme la documentación obrante en la causa. En el tercer trimestre del 2014 abonó la suma de pesos cuarenta y un mil trescientos veintitrés con cincuenta y seis centavos (\$41.323,56) por el departamento más pesos un mil trescientos setenta y cinco con cincuenta y tres centavos (\$1.375,53) por la cochera, siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos ciento veintinueve mil cuatrocientos cuarenta y tres con cuarenta centavos (\$129.443,40) por el departamento, mientras que en la cochera no había pagado nada ya que todavía no la había contratado, conforme la documentación obrante en la causa. En el cuarto trimestre del 2014 abonó la suma de pesos cuarenta y tres mil novecientos veintitrés con sesenta y un centavos (\$43.923,61) por el departamento, no figurando ningún pago por la cochera, siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos ciento veintidós mil ochenta y dos con cincuenta y cinco centavos (\$122.085,55) por el departamento, mientras que en la cochera pagó la suma de pesos diez mil (\$10.000) a cuenta y seña, conforme la documentación obrante en la causa. En el primer trimestre del 2015 abonó la suma de pesos treinta mil ochocientos siete con veinticinco centavos (\$30.807,25) por el

departamento, no figurando ningún pago por la cochera, siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos sesenta y cuatro mil setecientos veintiuno con setenta centavos (\$64.721,70) por el departamento, mientras que en la cochera pagó la suma de pesos cinco mil trescientos ochenta y dos con setenta y cuatro centavos (\$5.382,74), conforme la documentación obrante en la causa. En el segundo trimestre del 2015 figura que no abonó ningún pago por el departamento ni por la cochera, siendo en realidad que la víctima pagó un total de pesos treinta y dos mil trescientos sesenta con ochenta y cinco centavos (\$32.360,85) por el departamento, mientras que en la cochera pagó la suma de pesos dos mil seiscientos noventa y uno con treinta y siete centavos (\$2.691,37), conforme la documentación obrante en la causa”.

Así pues, la Cámara entendió que “...en este fideicomiso los testigos fueron unánimes en reconocer que el fiduciario no ha cumplido el contrato. Algunos testigos dicen que controlaron con el fiduciario las planillas, que verificaron en las reuniones que comenzaron a llevar a cabo los gastos, luego de enterarse que el edificio frenó las obras. **La maniobra defraudatoria del fiduciario, fue no invertir en la realización la obra el dinero que recibió y disponer en su beneficio ese dinero.** La falta de una contabilidad prolija lo ayudaba a ocultar que hizo con el patrimonio que recibió de los fiduciantes. **Realizó actos de disposición del dinero aportado por los fiduciantes de otros fideicomisos.** O.F.B. en su versión exculpatoria, refiere que el dinero fue utilizado en la compra del terreno que obtuvo del fiduciante Enrique Rafael Muro. **Lo cierto es que no registro contables que acrediten de donde salió el dinero.** Según su propia planilla presentada a fs. 325, no resulta suficiente para alcanzar el monto, por lo que, necesariamente el imputado O.F.B., sacó de otros ingresos, como fiduciario aprovechó su facultad de disposición y administración para utilizar dineros de otros fideicomiso, que los estaba construyendo, que los montos que ingresaban no iban a para a cuentas separadas, utilizó parte de ese dinero para realizar la compra del terreno, en claro perjuicio de los intereses de otros fiduciante. Trató de explicar que el dinero que recibió de los fiduciantes fue invertido en la compra del terreno, proyecto, demolición, etc. Pero la compra del terreno se había realizado supuestamente con anterioridad indicio de que esa plata la derivó de alguno de los fideicomisos existentes. Al igual que en los demás fideicomisos, más allá de que algunos testigos mencionaron que les rindió cuentas, no acreditaron ese registro contable, si lo hizo de manera privada, no fue un acto de conformidad con lo dispuesto mediante la ley 24.441 y el mismo contrato de fideicomiso y contrato madre. Donde se acordó que las rendiciones de cuentas deben ser comunicadas por escrito a los fiduciantes en las reuniones informativas” (el resaltado me

pertenece).

Dicho esto, la Cámara especificó que "...No se adoptaron medidas técnicas y de precaución necesaria, a cuyo fin el auditor técnico y el contador debían suministrar un informe escrito, previo a la iniciación de la obra, de los recaudos y modo de ejecutar. Cobra acá importancia los dichos del contador Romero, que no realizó balance para el fideicomiso de calle Córdoba 303. Está acreditado por la prueba pericial del contador Reinoso no se confeccionó el estado financiero sobre ese Fideicomiso, no llegó a ver un estado contable completo de ese fideicomiso. En conclusión, los medios probatorios, no deja dudas que defraudó los intereses que le fueron confiados. Su conducta fue dolosa, tenía conocimiento y voluntad de producir el perjuicio a los fiduciantes. El fiduciario conocía el perjuicio que causó los fiduciantes al no entregar las unidades que las víctimas esperaban recibir luego de haber transmitido su patrimonio. No tengo dudas que aprovecho de la confianza depositada en él y no protegió el patrimonio recibido. Dispuso de ese dinero en su beneficio para seguir formando fideicomiso que no entregaba, cobrando honorarios por el rol de fiduciario que no cumplía y benefició a terceros".

Sobre el punto, dijo que "...quedó demostrado que el imputado tenía pleno conocimiento de su situación financiera y sin embargo no la puso en conocimiento de los fiduciantes, no dejó de adherir a nuevos co-contratantes ni de recibir cuotas por parte de los fiduciantes. Por lo tanto, se representó que iba a perjudicarlos, y sin embargo continuó con su accionar, defraudando los derechos de las personas que contrataron. Por ello puedo atribuir que la conducta desplegada por O.F.B. fue dolosa, cumple el requisito exigido por el tipo penal que abarca su conducta. La prueba expuesta metodológica y analizada racionalmente me permite llegar a un grado de certeza epistémica sobre la existencia del hecho como lo expuse. No habiendo alegado ni demostrado causales de inimputabilidad, concluyo que O.F.B. pudo comprender la antijuridicidad de su conducta y fue capaz de dirigir sus acciones. También se ha demostrado que O.F.B. tiene capacidad de culpabilidad. No existió causa de justificación que neutralice la antijuridicidad de la conducta que le era exigible, por ello debe responder como autor penalmente responsable del hecho ilícito cuya calificación precisaré en la próxima cuestión".

En este escenario, transcrito lo anterior, se aprecia que el cuestionamiento del recurrente no logra destruir la solidez de los argumentos del Tribunal. En efecto, la defensa denuncia que la conducta del imputado no puede subsumirse en el tipo penal porque intentó llegar a un acuerdo con los fiduciantes, el cual se frustró como consecuencia de una medida cautelar. Sin embargo, no desarrolla porque el hecho de que el acusado haya podido arreglar

con los fiduciantes impide tener por consumado el delito. De hecho, la posible realización de un acuerdo demuestra la situación en la que se encontraban los fiduciantes como consecuencia de la deficiente administración del fiduciario. El argumento referido a la existencia de una actitud reparadora del acusado, reveladora de una presunta ausencia de una voluntad defraudatoria, lejos está de socavar el razonamiento sostenido por la Cámara.

7.1e) Finalmente, sobre la situación del Fideicomiso Mendoza 45, la defensa explicó que "...tal cual fue probado en el debate oral y público se encuentra en proceso de liquidación judicial (Juzgado en lo Civil y Comercial Común de la VIII Nominación, a cargo del Señor Juez Dr. Pedro Pérez) Es decir que su tratamiento en el fuero civil, tal cual debió ser tratado este conflicto (...) Fíjese V.E., que el Tribunal sentenciante, no realizó ninguna ponderación, ni de la prueba aportada por esta defensa un mucho menos se manifestó sobre los alegatos expresado por esta parte. El testimonio del Señor Hugo Romero, dejó acreditado todas las vicisitudes que tuvo esta obra. Más, aquí también se hizo oferta de sustitución de fiduciario, pero sin embargo un grupo de ellos encabezado por el Señor Geronimo Cano, decidieron solicitar en el Juzgado Civil y Comercial Común de la VIII Nominación, la liquidación de ese contrato, y que fue la elección correcta, porque como se demostró en el debate, los fideicomisos son contratos de naturaleza civil y en ese fuero es en el que debe debatirse".

Ahora bien, se recuerda que la Sala analizó las vicisitudes del proyecto mencionando que "...al análisis probatorio del Fideicomiso Mendoza 45, cabe mencionar que dicho fideicomiso inicia mediante la firma del instrumento privado de fecha 15/07/2008. Luego, el 31/07/2008, el fiduciario y los fiduciantes originarios suscribieron el contrato de fideicomiso de administración Mendoza 45. Con posterioridad, el 06/02/2009, mediante escritura n° 10, se realizó la transferencia de dominio fiduciario a favor del fideicomiso del inmueble ubicado en calle Mendoza 45, de la ciudad de San Miguel de Tucumán. El objeto de dicho fideicomiso era la construcción de un edificio integrado por un mínimo de treinta unidades de propiedad horizontal. Ello surge del contrato de fideicomiso de administración Mendoza 45, suscripto el 31/07/2008. Según lo informado por la Dirección de Catastro a la Corte Suprema de Justicia de la provincia el 21/03/2017, lo proyectado consistía en un subsuelo, una planta baja y siete pisos. El 29/11/2007 el anteproyecto se encontraba visado y fue aprobado el 07/12/2009. A la fecha de informe, Catastro informó que la obra se encontraba paralizada. Conforme surge de la documentación incorporada al expediente y a las declaraciones recibidas durante las audiencias de debate oral y público, los fiduciantes que se presentaron con relación al Fideicomiso de Mendoza 45 son los siguientes: Sara Josefa Apino,

Marcos Maximiliano Rolfo, Cintia María Santillán, María Nilda del Valle Martín y Nélide del Valle Mazza. El contenido de sus testimonios y la documentación y pericias contables incorporadas en la causa, permiten acreditar la conducta del imputado de O.F.B. en perjuicio del patrimonio entregado para construir el edificio del Fideicomiso de Mendoza 45”.

Ergo, el Tribunal examinó la declaración de los testigos víctimas afirmando que *i)* “...la Sra. Sara Josefina Apino, se adhirió al fideicomiso de Mendoza 45, mediante nota de adhesión de 18/08/2010. La fiduciante adquirió como beneficiaria el derecho a la asignación por parte del fiduciario de la unidad funcional primero piso ‘b’, departamento 1, dormitorio frente. Para ello, se obligó a pagar la suma de \$129.570, pagaderos con un Plan Autoahorro Volkswagen FOX3N (\$26.195,78); y el saldo de \$103.374,22 en 24 cuotas mensuales y consecutivas de \$3.000; y \$31.374,22 pagaderos en 30 meses con el ajuste mensual con el índice de edificios en altura declarado en la revista arquitectura y construcción del diario Clarín. Conforme surge de la declaración como testigo de la Sra. Apino en el debate oral, en octubre de 2011 terminó de pagar el departamento, cuya fecha de entrega pactada era para fines de 2013. Llegada esa fecha, declaró que O.F.B. le pagó el alquiler durante un año, para lo cual ‘tuvo que perseguirlo’. Esta situación acredita otra maniobra advertida por el contador Reynoso, que es el pago de compensación por alquileres de casi el 10% de las erogaciones, para lo cual no existe ninguna autorización contractual”. El *a quo* tuvo en cuenta que la víctima “...declaró que en el mes de octubre de 2011 terminó de vender su casa y de pagar el saldo de \$22.000 que le quedaban para saldar el departamento. En el 2013, la Sra. Apino adquirió una cochera en el mismo edificio mediante nota de adhesión del 30/04/2013. Resulta llamativo, la testigo menciona que O.F.B. le entrega cheques del Fideicomiso de San Lorenzo 788, como anticipo de alquileres”.

Así pues, la Sala dijo que “...esta situación es una prueba clara de las maniobras desplegadas por O.F.B. indicador de disponer el patrimonio de las víctimas en perjuicio de sus intereses, mezclando el patrimonio entre los distintos fideicomisos. Inclusive el propio O.F.B. en su defensa, **declaró que había un flujo de dinero que tenía que ir del fideicomiso de San Lorenzo a Las Heras 175**. No estaba autorizado. La testigo querellante, en su declaración explicó que para que le paguen el alquiler ‘fue fatal’. Fue por ello que O.F.B., luego del primer año y medio de alquiler le dijo que le iba a adelantar alquileres y le entregó, por un lado, un pago en efectivo por cuatro meses, y por el resto, cheques del Fideicomiso San Lorenzo 788. Durante la audiencia se la interrogó como sabía que esos cheques que recibió eran del Fideicomiso de San Lorenzo y al respecto

respondió que había una leyenda que decía Fideicomiso San Lorenzo 788. Tal como lo explica el representante del órgano acusador en sus alegatos, O.F.B. benefició a terceros con sus maniobras fraudulentas”.

Del mismo modo, el a quo dijo que “Prueba de ello es la situación descrita, que la Sra. Apino recibió cheques de un fideicomiso distinto. **El propio O.F.B. en su declaración como imputado mencionó que a algunas personas que veía más necesitadas les hizo una compensación con alquiler ya que no podía compensar a todos.** En realidad era la estrategia defraudatoria para calmar a las víctimas y lograr que no lo denuncien, seguir captando más ingresos. La testigo repitió durante su declaración que el 01/05/2016 “se destapa la olla”, refiriéndose a que presentó los papeles de O.F.B. para que sea su garante y le informaron que el estado financiero del constructor era negativo. Por otro lado, la Sra. Apino manifestó que jamás fue citada a una asamblea y que nunca le explicaron que se trataba de un fideicomiso. Afirmó que se sintió robada, que el imputado abusó de su buena fe ya que ella fue a comprar para preservar su jubilación y tener un lugar donde vivir. Ello, evidencia los resultados perjudiciales, de la falta de rendición de cuentas por parte de O.F.B. con respecto a la ejecución de las obras” (el resaltado me pertenece).

La Sala vinculando los datos aportados por la testigo juntamente con la explicación del perito de la querrella afirmó que “...El contador Reynoso en su pericia refiere a la ‘pasividad manifiesta’ por parte del fiduciario en cumplimiento de sus funciones. En particular, menciona que no existe ninguna convocatoria a asamblea para presentar rendición de cuentas; no existe constancia de que se hayan presentado rendiciones de cuentas a los fiduciantes; no existen asambleas donde se exponga la marcha de las obras a los fiduciantes y eventualmente recibir las sugerencias, aportes y/o reclamos de los mismos; nunca se informó sobre anomalías durante la ejecución; entre otras”.

ii) Dicho esto, el Tribunal prosiguió “...la Sra. Cinthia María Santillán, se incorporó al Fideicomiso Mendoza 45 mediante nota de adhesión del 20/04/2011, quien declaró en la audiencia de juicio oral mediante la plataforma zoom, ya que reside actualmente en Canadá. Manifestó que le ofrecieron un monoambiente en el quinto piso ‘a’ de 41 metros cuadrados en San Lorenzo 788. Agregó que le explicaron que había un contrato inicial, que se trataba de un fideicomiso y que se iba a adherir mediante una nota de adhesión, la cual firmó el 20/04/2011 en la escribanía Stutz, oportunidad en la que entregó la totalidad del monto y saldó el departamento para cuya entrega tenía que esperar dos años. Relató que en el año 2015, ante la falta de entrega, O.F.B. le ofreció una permuta del fideicomiso de San Lorenzo 788 al de calle Mendoza 45, por un

departamento que ya estaba avanzado y que le podían entregar en el plazo de dos años. El contrato de permuta lo firmaron en noviembre de 2015 en la escribanía Stutz, expresó que accedió porque su abogado le aconsejó que no le quedaba otra opción ya que O.F.B. no tenía nada en su patrimonio para cobrarle. Sobre esta permuta el propio imputado declaró que la Sra. Santillán toma superficie de la Mendoza, abandona su posición en San Lorenzo y se pasa al de Mendoza 45. Preguntado por la querrela sobre cómo ingresa el aporte de la Sra. Santillán al fideicomiso de Mendoza 45, O.F.B., no dio una explicación creíble, responde de manera ambigua que 'los aportes dinerarios que salen de San Lorenzo hacia la Mendoza 45 hasta cumplir el monto'. Luego, dijo que se origina una deuda de un Fideicomiso en este caso de San Lorenzo, hacia el otro Fideicomiso. Se pasa un crédito, y se genera la deuda. Preguntado si convocó a una asamblea para realizar dicho traspaso respondió que no se realizaba una asamblea para cada decisión de administración y agregó: 'El dinero ingresó originalmente a un Fideicomiso, y después se lo saca para otro Fideicomiso. A medida que existían acceso de dinero de un fideicomiso a otro se libran cheques de un fideicomiso a otro. Se iba a administrando plata que había y plata que se debía' No hay dudas que estos actos de disposición que perjudicaban los intereses confiados no están autorizados por la norma".

Nuevamente, la Sala valoró la explicación del perito de la querrela. Así pues, dijo que "...se pronunció el testigo Reynoso Julio César, perito ofrecido por la querrela, quien describió dicha permuta como una 'circunstancia muy llamativa'. Explicó que la permuta solo podría ser entre las partes, que los fiduciantes entre ellos sí podrían permutar, no así el fiduciario ya que nadie puede permutar un derecho del cual no es titular. Manifestó que advierte que el fiduciario adquiere la calidad de fiduciante para poder permutar los derechos. **El perito aseguró en su declaración que el objetivo de la gente era aportar para construir el edificio, no para prestarle dinero a otro fideicomiso, ni al fiduciario. Afirmó que los pagos por compensaciones para pagos de alquileres no corresponden ni figuran en el contrato madre, por lo que concluyó que se trata de un resarcimiento discrecional que O.F.B. no estaba autorizado a hacer.** La permuta a la que refirió la testigo Santillán es otro indicio que me permite concluir que O.F.B. no invirtió los fondos con absoluta exclusividad para la ejecución de cada uno de los fideicomisos a su cargo (...) Esta acción generó un perjuicio pecuniario para el Fideicomiso de San Lorenzo 788, como se analizará en profundidad al tratar el análisis probatorio de dicho fideicomiso. Al respecto, el contador síndico Yapur, dijo en el debate que vio anomalías sobre personas que estuvieron en un fideicomiso y se pasaron a otro, aclaró que eso créditos no

pueden ser verificados en el fideicomiso de Mendoza 45 porque no están pagados en Mendoza 45. Aclaró que la permuta no es pago”.

Igualmente, la Cámara explicó que “...o más alarmante de la situación descrita por la Sra. Santillán, es que relató que el propio O.F.B. le manifestó que el Fideicomiso de San Lorenzo era de imposible cumplimiento. En el propio instrumento de permuta que se encuentra agregado a fojas 1488 de la documental, se consigna dicha situación. Así, la cláusula F del contrato dice: **‘Que la Sra. Santillán ha cancelado íntegramente el precio de \$86.450 (pesos ochenta y seis mil cuatrocientos cincuenta), acordado para la adjudicación de dicho departamento y que se encuentra asimismo vencido el plazo previsto para su entrega, lo que se ha vuelto de imposible cumplimiento’**. Este es uno de los tantos elementos o acciones externas que me llevan a concluir sin lugar a dudas, el actuar doloso de O.F.B., quien tenía pleno conocimiento, que el dinero no lo empleaba para construir las obras de los fideicomisos según lo acordado en el contrato y sin perjuicio de ello, continuaba con su conducta fraudulenta. Expresó la Sra. Santillán que nunca se hizo una reunión informativa y que nunca supo dónde está su plata, los materiales, los recibos. Declaró que hasta el día de hoy se pregunta qué es lo que O.F.B. hizo con su dinero. Al respecto, el testigo Reynoso dijo que si hubiera existido una rendición de cuentas periódica a los fiduciantes, hubieran advertido que el dinero no estaba siendo utilizado en la construcción del edificio”.

iii) Por otro lado, “...el 30/11/2012 suscribió su nota de adhesión al fideicomiso, la Sra. María Nélica del Valle Mazza y relató que adquirió un departamento de dos dormitorios en la planta baja ‘a’ y que le dijeron que la fecha de entrega era en el año 2015. Expresó la testigo que se enteró que era un fideicomiso cuando fue a la escribanía Stutz. La fiduciante describió que hizo un plazo fijo transferible a treinta días a nombre de O.F.B. y que jamás tuvo un recibo firmado por él. Añadió la Sra. Mazza que nunca fue citada a reuniones para rendir cuentas o informes sobre gastos en asamblea. La Sra. Mazza relató que una persona en la oficina del imputado le sugirió que consiga que O.F.B. le entregue un departamento en el edificio de la calle Jujuy 58, donde vivió primero en el sexto piso y luego hasta la actualidad en el segundo piso. La testigo describió el episodio de amenazas, el cual será analizado en el apartado V”.

iv) Asimismo, la Cámara tuvo en cuenta que “...el 05/06/2013 se adhirió al fideicomiso de Mendoza 45, el Sr. Marcos Maximiliano Rolfo como beneficiario al derecho de asignación por parte del fiduciario del séptimo piso ‘d’, un dormitorio contrafrente. El testigo relató que aportó durante tres años el pago de las cuotas. Explicó que se enteró de los pormenores del contrato el día

que fue a firmar a la escribanía, oportunidad en la cual se anoticia de que adhería como beneficiario, con fecha de entrega para inicio de 2016. Añadió que las reuniones semestrales que se habían pactado no se hacían, que no conocía a los vecinos ni a los otros compradores. En junio de 2016 pagó la última cuota y no sabía el estado contable del edificio. Manifestó que no sabe cuál fue el destino de los tres años de aporte que hizo a la empresa de O.F.B.. Considero necesario resaltar que O.F.B. en su declaración con relación al Fideicomiso Mendoza 45 dijo que a partir del 2016 decide no cobrar las cuotas, cuando, conforme analicé a lo largo de la sentencia, tenía conocimiento con anterioridad de su imposibilidad de cumplir. Por último, resulta llamativa la modificación del contrato original mediante el cual los constituyentes acordaron en concepto de honorarios para el fiduciario el 5% del monto de obra. No obstante, conforme lo explica el contador Reynoso en su pericia, en la propia rendición de cuentas del fiduciario -planilla de ingeniería financiera- el citado se eleva al 10%, cobrándolo apenas iniciada la obra...".

Sobre esta plataforma, el a quo coligió que "...Toda la prueba antes valorada, producida y expuesta durante el debate oral, me permite alcanzar la convicción de que O.F.B. quebrantó el rol de titular fiduciario del Fideicomiso Mendoza 45, generó un riesgo prohibido por la ley y defraudó los derechos de los co-contratantes al perjudicar los bienes fideicomitidos en beneficio de un tercero".

Expuesto el razonamiento de la Cámara, nuevamente se aprecia que el recurrente se limitó a aseverar que el "Fideicomiso Mendoza 45" se encuentra en proceso de liquidación sin argumentar porque esta circunstancia resulta suficiente para desarticular el razonamiento lógico que emprendió el Tribunal. Una vez más, la crítica de la defensa peca por defecto pues no precisa la incidencia que tendría la existencia de un proceso de liquidación con respecto a la afirmación del tipo penal en cuestión. En realidad, pareciera ser que, de acuerdo con el punto de vista del recurrente, la presencia de un proceso de liquidación purgaría la corroboración del delito. En realidad, acaece lo contrario, pues el proceso de liquidación judicial encuentra su génesis en la insuficiencia del patrimonio fiduciario para hacer frente a las obligaciones cuya causa radica en una administración negligente por parte del fiduciario (KIPER Claudio- LISOPRAWSKI Silvio, op., cit., p. 435).

En idéntico sentido, el Sr. Ministro Público Fiscal dictaminó que "...la falta de argumentación crítica concreta contra los fundamentos de la sentencia, igualmente se hace patente en lo que refiere al fideicomiso 'Mendoza 45'. Al respecto los recurrentes se limitan a sostener que dicho fideicomiso se encuentra en proceso de liquidación judicial en el fuero civil. Sostiene

que el tribunal de mérito no efectuó ponderación alguna de las pruebas aportadas por la defensa ni de los sostenido en el alegato final. En tal sentido aluden al testimonio de Hugo Romero. Puede advertirse que el tribunal a quo sobre este punto analizó y fundó sus conclusiones en base a los testimonios producidos en el debate por los fiduciantes Sara Josefa Apino, Marcos Maximiliano Rolfo, Cinthia María Santillan, María Nilda del Valle Martin y Nélida del Valle Mazza, sin embargo los recurrentes nada dicen al respecto". Posteriormente, agregó que "...Tampoco emprende el análisis de la permuta practica con Cinthia María Santillan con una unidad perteneciente al fideicomiso 'San Lorenzo 788' y el testimonio del perito Julio Cesar Reynoso, quien calificó dicha operación como 'llamativa' guardando silencio respecto a lo afirmado por aquella en el sentido que en oportunidad de realizar dicha operatoria O.F.B. le manifestó que el fideicomiso de 'Mendoza 45' era de imposible incumplimiento (...) tal como se anticipo este Ministerio Público Fiscal considera que el agravio analizado debe ser rechazado por inadmisibile, por cuanto es insuficiente ya que los impugnantes se limitan, de manera escueta por cierta, a negar las maniobras fraudulentas de parte de su defendido sin emprender el análisis críticos de los fundamentos del fallo condenatorio a través de los cuales el tribunal del juicio concluyó que aquellas se encuentran debidamente acreditadas".

7.2) En este apartado, corresponde abordar el agravio del defensa referido a que el a quo empleó la teoría de la imputación objetiva de manera indebida soslayando emprender un examen riguroso del tipo subjetivo. En efecto, los recurrentes dijeron que *"...el Tribunal solo se limitó a transcribir la teoría de la imputación objetiva del Profesor Ghunter Jakobs (...) sin analizar, si el condenado O.F.B. tuvo la finalidad de defraudar los derechos de los fiduciantes"*. Asimismo, agregó que *"la creación de un riesgo no permitido (teoría de la imputación objetiva) sólo puede ser aplicada para analizar solo el tipo penal objetivo y deja de lado el análisis del tipo penal subjetivo (dolo). En este sentido, el Tribuna A quo, forzó desde esta teoría (imputación objetiva) para insertar el dolo o la finalidad, elementos que se analizan solo en el ámbito del tipo penal subjetivo. Cerrado recién este análisis, podemos continuar analizando desde la teoría del delito, el adjetivo antijuricidad, finalizando si existió o no, culpabilidad del agente"*.

Cabe adelantar que este cuestionamiento será rechazado. Conforme se expondrá, se vislumbra que el Tribunal no empleó la teoría de la imputación objetiva para no pronunciarse de manera rigurosa sobre el tipo subjetivo, más precisamente, sobre la presencia de la ultrafinalidad de defraudar los derechos de los fiduciantes. Para demostrar tal aseveración, corresponde evaluar el razonamiento del a quo sobre este primer tópico para luego

revisar sus consideraciones con respecto al tipo subjetivo del tipo penal de defraudación fiduciaria.

En esta tarea, resulta ineludible hacer una breve referencia a la teoría de la imputación objetiva, más precisamente, para qué suele utilizarse. En ese marco, destacada doctrina enseña que se trata de decidir cuál es la relación que debe mediar en los delitos de resultado entre la acción del autor y el resultado típico para poder afirmar que se ha realizado el tipo objetivo de un delito de resultado. Siguiendo esta orientación, se destaca que conforme el desarrollo actual de esta teoría, tres son las condiciones necesarias para la imputación objetiva. A saber, **a)** el autor haya producido en términos causales a través de su comportamiento el resultado, en tanto que dicho comportamiento constituye una condición necesaria para la producción del resultado, **b)** es necesario que el autor haya creado a través de su comportamiento un riesgo desaprobado, **c)** debe haberse realizado en el resultado el riesgo creado por el autor. (FRISCH Wolfgang, "La imputación objetiva de resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas", Editorial Atelier, Barcelona, 2015, ps. 42-52).

Circunscripto lo anterior, debe aclararse que la aplicación de esta teoría al examen del tipo de defraudación fiduciaria no resulta equívoca toda vez que la figura legal tiene el carácter de constituir un tipo de resultado. Sucede que, la particular redacción del tipo penal objetivo "*y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes*" exige como resultado la ocurrencia de un perjuicio patrimonial efectivo a los cocontratantes, que podrá recaer sobre los bienes fideicomitidos cualquiera fuera su especie (cfr. KIPER Claudio M. LISOPRAWSKI Silvio, op., cit., p. 795).

El razonamiento de la Cámara se inscribe bajo este marco conceptual. El a quo recurrió a esta construcción teórica a los efectos de determinar si la conducta del imputado elevó el riesgo jurídicamente permitido connatural al rol del fiduciario. En este sentido, la Sala explicó "...en ese rol realizó acciones y omisiones con las que creó un riesgo no permitido por las normas que regulan la actividad, causó perjuicios a las víctimas, que están reflejadas en el resultado. Sin dudas describió una conducta con relevancia para el Derecho Penal".

Para tal empresa, aclaró que "...en el presente análisis tendrá presente los fines que están previsto en la ley 24441 de Fideicomiso, en el Código Civil vigente al momento de los contratos y las disposiciones normativa que resulten aplicables contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación al contrato de constitución de fideicomiso, los contratos de adhesión particulares, y en especial la protección de bienes jurídicos que regula el código Penal en el artículo

173 inc. 12". Siguiendo esta inteligencia, afirmó que "...la conducta que desarrolló O.F.B. tiene características especiales, los pudo concretar a partir de firmar con las víctimas contratos de fideicomisos y de adhesión, que se construyen en base a la confianza que los fiduciantes depositan en el fiduciario. Estaban convencido que iba a proteger el patrimonio y cuidar los intereses confiados. Tenía la administración y disposición del patrimonio que le transmitieron los fiduciantes por tener el rol de fiduciario, las obligaciones de las partes surgieron a partir de la existencia de contratos validos de fideicomiso y de adhesión. Las víctimas fueron coincidentes en sostener que han firmado los respectivos contratos en base a un elemento especial que rige el vínculo contractual, se llama confianza en que el fiduciario realizará lo necesario para entregar al final del contrato las unidades".

En este escenario, el *a quo* adelantó que "...tiene relevancia analizar si O.F.B. en su rol de fiduciario realizó acciones y omisiones que no se ajustaron a la normativa de actuación, si causó perjuicio en las víctimas. Si abusó de la confianza que en él depositaron los fiduciantes beneficiarios. Si recibió beneficios o benefició a terceros. También conlleva explicar que el resultado no deriva del riesgo propio de la actividad. La conducta en ese caso no tendría relevancia para el Derecho Penal. En este marco de análisis surgen los siguientes interrogantes: ¿O.F.B. en su rol de fiduciario violó o abusó de la confianza? ¿Por qué esta desaprobado el riesgo creado por el fiduciario?, ¿Qué quiere proteger la norma penal con esa desaprobación? ¿Por qué las acciones de O.F.B. están alcanzadas por la norma penal?".

Posteriormente, el Tribunal evaluó detalladamente la conducta que desplegó el imputado en el marco de la administración de los cinco fideicomisos donde ejercía su rol de fiduciario. Conforme fue adelantado, para emprender este examen fue considerado el conjunto de obligaciones previstas por la normativa específica que aquel estaba compelido a observar.

En efecto, el *a quo* pregunto retóricamente "¿O.F.B. en su rol de fiduciario violó o abusó de la confianza de los fiduciantes-beneficiarios? Las pruebas instrumentales descritas en las resultas revelan con certeza la existencia de contratos válidos de fideicomiso y contratos de adhesión firmado entre O.F.B., como socio gerente de la SRL, O.F.B. Asociados y las víctimas denunciantes. En todos los contratos tiene el rol de fiduciario. Los contratos de fideicomiso y de adhesión no dejan dudas que las partes se sometieron en forma voluntaria a las reglas previstas en La ley de Fideicomiso, a normas del Derecho Civil y Penal".

En este contexto, la Cámara manifestó que "...las pruebas instrumentales tienen coincidencia con la declaración de los testigos

víctimas y son consistente en revelar firmaron los contratos de fideicomisos y de adhesión por la confianza que depositaron en el fiduciario. Las declaraciones de las víctimas en el debate fueron concordantes y veraces al decir, que entregaron su patrimonio a O.F.B. por la confianza y el convencimiento que iba a administrar bien sus intereses. En la esperanza de recibir las unidades compradas. No tengo dudas que confiaron en el nombre del fiduciario. Además en la calidad de construcción que les ofrecía la empresa O.F.B. Asociados S.R.L. como constructora en el medio. Los testigos remarcaron el reconocido prestigio que gozaba en el medio, el sr. O.F.B. padre. En virtud de dicha confianza, no hay dudas que transmitieron la propiedad de su patrimonio al fiduciario, confiaron que iba a realizar una prolija administración de los intereses y disposición de los bienes, según se comprometió el fiduciario en la firma del contrato. La confianza y seriedad del vínculo contractual con la actuaron los fiduciantes- beneficiarios demuestra que cumplieron la obligación a su cargo, tiene respaldo en los recibos de pagos que son detallados en la prueba instrumental, coincidente con el testimonios de la mayoría de las víctimas, en cuanto revelan que abonaron la totalidad de las cuotas que se habían comprometido”.

Así pues, ingresando al nudo de la cuestión, el a quo afirmó que “...¿Por qué esta desaprobado en la norma penal el riesgo creado por el fiduciario? El punto central del conflicto exige analizar la conducta de O.F.B., en su de rol de fiduciario. Este reconoce no haber cumplido con su obligación de entregar las unidades, (departamentos, locales, cocheras), pero su explicación no resulta razonable, no tiene respaldo en las pruebas, no se trata de un mero incumplimiento contractual. Las pruebas analizadas son idóneas para alcanzar la convicción con grado de certeza que su conducta violó disposiciones de la norma penal, materializó la lesión al bien jurídico que protege el tipo penal de Defraudación por fideicomiso”.

Sobre el punto, aseveró que “...las pruebas instrumentales, testimoniales y periciales explican que la conducta de O.F.B. F. O.F.B., en su rol de fiduciario, y socio gerente de la <Persona 33> y asociados, creó un riesgo jurídicamente desaprobado en los fideicomisos de construcción de edificios. Que ese riesgo se materializó en los resultados, en el perjuicio que las víctimas han padecido. El fiduciario O.F.B. realizó acciones y omisiones que merecen la intervención y reproche desde el Derecho Penal, su conducta es típica, antijurídica y culpable”.

Conforme fue adelantado, el Tribunal, para determinar la elevación del riesgo, tuvo en cuenta: **i)** los contratos constitutivos; **ii)** las normas del Código Civil y el Código Civil y Comercial según correspondiera; **iii)**

el tipo penal previsto en el art. 173 inciso 12.

i) Sobre esta plataforma, el sentenciante expresó que "...el análisis acerca del contenido de los contratos de fideicomiso y de adhesión, incorporados en el debate en la prueba instrumental (no contradicho por las partes) tienen idoneidad para que alcance convicción con certeza que la primera fuente de derechos, obligaciones y deberes que vinculó al imputado con las víctimas derivan de contratos válidos. El texto de los contratos revela que el sr. O.F.B. ejerció el rol de fiduciario, y era el socio gerente de Berenbreuker Asociados SRL. No hay dudas de la existencia de los contratos constitutivos de los Fideicomisos de Administración agregados al expediente (ver Contrato Madre de Las Heras 252, Mendoza 45, Las Heras 175, San Lorenzo 788 y Córdoba 303)". En efecto, la Cámara dijo que "...Derivo del texto de los contratos que O.F.B. sabía y conocía perfectamente cuales eran sus derechos y obligaciones. No tengo dudas que conocía, (además era arquitecto y dueño de una constructora, con experiencia en negocios) que acciones debía llevar a cabo como fiduciario para proteger los intereses que los fiduciante- beneficiarios (ahora víctimas) le habían confiado. El Fiduciario cuando recibió el patrimonio debía administrar y disponer sin crear un riesgo desaprobado por la norma, sin embargo, omitió cumplir con los deberes a su cargo".

La Sala valoró que "...el texto de los contratos constitutivos de los demás Fideicomisos -contrato Madre- de Las Heras 252 (documentación anexo presentada por los querellantes), Mendoza 45 (fs. 1003/1009), Las Heras 175 (documentación anexo presentada por los querellantes) Córdoba 303 (documentación anexo presentada por los querellantes), revelan que en todos los fideicomisos asumió idénticas obligaciones. Al margen que más adelante haré un análisis de la situación que vincula a cada fideicomiso, un ejemplo la conducta típica es la que desarrollo en el Fideicomiso San Lorenzo 788, agregado a fs. 61 (todos contienen cláusulas similares)". Así pues, indicó que "...en el punto 4 del texto del contrato de dicho fideicomiso consigna las obligaciones que están a cargo del Fiduciario: 4) OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO: A) administrar los fondos mencionados en la cláusula sexta con la prudencia y diligencia de quienes actúan sobre la base de la confianza y la buena fe depositada en ellos. A2) A invertir los fondos con absoluta exclusividad para la ejecución del fideicomiso. A3) Semestralmente citar a las reuniones de rendición de cuentas, reuniones informativas respecto de la ejecución de la obra y ejecutar las decisiones adoptadas en las mismas. A4) Realizar las contrataciones necesarias para la realización de la obra. A5) A efectuar los pagos previa constancia o certificación técnica acerca de la procedencia del pago, suscripta por el auditor técnico de la

obra. A6) Llevar una contabilidad circunstanciada y precisa del movimiento de fondos y rendiciones de cuenta que será comunicada por escrito al fiduciante y fideicomisarios. A7) A contratar un auditor técnico de la obra. A8) A contratar un contador que lleve la contabilidad de la obra, que audite el manejo de los fondos, y que elabore informes bimestrales del movimiento patrimonial, consignando por escrito su opinión sobre el desarrollo de la obra. A9). Suscribir contratos de compraventa de las unidades funcionales y transmitir su dominio una vez pagado su precio a cada uno de los compradores. Perfeccionar contratos de locación de las Unidades Funcionales y entregarlos la posesión a los locatarios. A10) Contratar seguros sobre la propiedad fiduciaria contra toda eventualidad que pueda afectar al inmueble: incendio, hurto, daños parciales y/o totales. Además deberá hacer adoptar todas las medidas técnicas y de precaución necesarias, a cuyo fin el auditor técnico y el contador deberán suministrar un informe escrito, previo a la iniciación de la obra, acerca de cuáles son los recaudos y su modo de ejecutarlos. A11) Informar al fiduciante cualquier emergencia o anomalía que no sean simples problemas de ejecución de poca entidad. A12) Asume el compromiso de oblar la cantidades que surjan de la liquidación que confeccionen lo organismos recaudadores correspondientes, satisfaciéndolos con fondos del capital de inversión' ...".

En esa orientación, también detalló que "...Luego, en la cláusula Octava el contrato consigna: 'OCTAVO: RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA. a) La responsabilidad objetiva del FIDUCIARIO emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de los bienes fideicomitidos cuyo riesgo o vicio fuere causa del daño si el FIDUCIARIO no pudo razonablemente haberse asegurado. En ningún caso la Fiduciaria se compromete a afectar ni disponer de su propio patrimonio para el cumplimiento del presente contrato. Las obligaciones contraídas en el cumplimiento del fideicomiso serán satisfechas exclusivamente con los bienes fideicomitidos, según los artículos 16 y concordantes de la Ley 24.441. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio de la Fiduciaria, del Fiduciante y de la Beneficiaria-Fideicomisaria. La Fiduciaria no asume ninguna responsabilidad, salvo dolo o culpa, para el caso de desvalorización, pérdidas, quebrantos, riesgo de negocio y riesgo de inversión, respecto de los bienes fideicomitidos, ni como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor' La descripción que antecede revela que el fiduciario no cumplió exigencias en las normas civiles y además describió una conducta prevista en la norma penal".

ii) Por otro lado, la Cámara también tuvo en cuenta las "...obligaciones del fiduciario previstas en el Código Civil, en la Ley 24441, y en

Código Civil y Código Comercial aplicable a los acuerdos realizados después de la reforma. En razón de la entrada en vigencia desde el 01/08/2015 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante CCCN (Ley 26.994), aclaro que es preciso determinar acerca de la normativa aplicable. El nuevo ordenamiento civil y comercial resuelve la cuestión del derecho temporario en su artículo 7º, casi idéntico al antiguo artículo 3º, que bajo el título "Eficacia temporal", dispone lo siguiente: 'A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo'. La normativa que corresponde aplicar por regla general será el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Fideicomiso vigente a la fecha de los hechos. Sin embargo, en los contratos en curso de ejecución (casi todos los contratos de adhesión, que no se prorrogó el plazo, tampoco se liquidaron los fideicomisos, entiendo que no han concluido), en este aspecto el análisis incluye tener presente las disposiciones del CCCN más favorables al consumidor. La pauta de actuación del fiduciario, al igual que en el régimen anterior sigue las previsiones establecidas en el art. 1674 del C.C."

Teniendo en cuenta esto último, la Cámara explicó que "...de la normativa aplicable no tengo dudas que la conducta del fiduciario debía seguir el estándar de un buen hombre de negocios. La esencia del contrato reconoce en su raíz un elemento sustancial, como lo expresé se construye en base a la confianza (fides). En el caso las víctimas depositaron la confianza en el fiduciario. Esto caracterizó la actuación de las partes dentro del contrato. Es razonable entender que la preocupación de los fiduciantes- beneficiarios (víctimas) era conseguir el dinero y cumplir con la obligación a su cargo, dieron por sentado en base a la confianza que O.F.B. en su rol de fiduciario iba a cumplir con las obligaciones que tenía a su cargo. La doctrina y jurisprudencia es coincidente que el estándar de conducta de la actuación del Fiduciario, es actuar con prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, está fijada en los arts. 512 del anterior Código Civil, replicado en la actualidad por el art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial, y el art. 909 del anterior Código Civil, replicado actualmente por el art. 1725 del CCCN. (Cfr. Papa, Rodolfo G., 'Un fallo Esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del fiduciario', publicado en: LA LEY 22/08/2018, 22/08/2018, 4, Cita Online: AR/DOC/1688/2018.)..."

En idéntico sentido, la Sala apreció que "...También, la ley 24441, establece en su art. 6 este estándar de conducta: 'ARTICULO 6° - El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él' En el fideicomiso el fiduciario tiene un rol protagónico, debe actuar en interés de terceros, quienes serán los beneficiarios de su actividad. Esta circunstancia impone la obligación de rendir cuentas, propia de toda persona que gestiona intereses ajenos. Más aún, en garantía de los interesados en el negocio, en esa línea de razonamiento el Código prohíbe pactar cláusulas que dispense al fiduciario de esta obligación".

A partir de ello, infirió que "...O.F.B. tenía el deber de asegurarles a los fiduciantes, beneficiarios, fideicomisario el acceso a una información adecuada, completa, veraz. A tener documentado de forma prolija la gestión de los intereses, del patrimonio que le fue entregado en propiedad imperfecta, para que cumpla en este caso con construcción y la entrega de los departamentos. No tengo dudas que en su rol de fiduciario debía cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. (Papa, Rodolfo G., 'Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios', publicado en: LA LEY 02/12/2014, 02/12/2014, 1 - LA LEY2014-F, 1119, Cita Online: AR/DOC/3890/2014). De la interpretación de la normativa imperante en el anterior Código Civil, el CCCN y las normas contenidas en la Ley de Fideicomiso, aplicado a luz del contenido de los contratos de fideicomiso y los contratos de adhesión firmados entre las víctimas y O.F.B., en el rol de fiduciario, derivo que tenía dos obligaciones básicas. Eran pautas mínimas que debía cumplir: la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, y la obligación de rendir cuentas para asegurar a los Fiduciantes -inversores- el acceso a una información adecuada, completa, veraz". Debía documentar de forma adecuada de la gestión de los intereses confiados".

iii) Dicho esto, la Sala aseveró que "...no tengo dudas que la conducta de O.F.B. en su rol de fiduciario reveló numerosos incumplimientos a las obligaciones contractuales de naturaleza civil. Además como lo vengo afirmando, esa misma conducta no escapa a los fines que protege el derecho penal, no tengo dudas que la conducta de O.F.B. fue dolosa, tenía conocimiento que estaba creando un riesgo jurídicamente desaprobado desde la norma penal. La conducta que desarrollo en su rol de fiduciario fue consiente, voluntaria, realizó acciones y omisiones de los deberes a su cargo. No desconocía

que su conducta de no llevar y respetar en los actos de administración, inclusive de disposición que debía llevar una organización contables adecuada y prolija iba a generar los perjuicios al patrimonio transmitido, que sin dudas está a la vista en los resultados. Conocía que si no tenía ese control de invertir el dinero que recibía en la construcción del edificio iba a generar el resultado final, que fue en detrimento al patrimonio fideicomitado. Conocía acerca del perjuicio que iba a generar en los intereses de los fiduciarios beneficiarios a no entregar las unidades. Los resultados están a la vista, las víctimas no recibieron los departamentos por el comportamiento y desenvolvimiento infiel del fiduciario. La conducta de O.F.B. en su rol de fiduciario no solo incumplió obligaciones previstas en las normas civiles sino que justifica sin dudas la intervención punitiva”.

La Sala enumeró las normas violadas que crearon un riesgo jurídicamente desaprobado, así pues dijo que “...analizado el marco teórico que antecede, con base en la valoración de las pruebas instrumentales, concordante con los testimonios de las víctimas y las pericias que serán objeto de mayor análisis más adelante, alcanzo la convicción con certeza que O.F.B., que en su rol de Fiduciario conocía las cláusulas del contrato de fideicomiso, sin embargo con conocimiento y voluntad no realizó las siguientes acciones...”.

En efecto, enumero a) “No invirtió los fondos recibidos en los respectivos fideicomisos, a sabiendas que debían ser invertidos con absoluta exclusividad para la ejecución de cada fideicomiso”; b) “No rindió cuentas en forma periódica, con información respecto a la ejecución de las obras y las decisiones sobre ellas” c) “ No llevó una contabilidad circunstanciada y precisa del movimiento de fondos” d) “No contrató un contador que lleve la contabilidad de la obra de modo prolijo y claro, que audite el manejo de los fondos, que elabore informes sobre el movimiento patrimonial, que consigne por escrito su opinión sobre el desarrollo y evolución de la obra. El testimonio del contador Romero dejó claro en la literalidad qué consistió su trabajo”; e) “No adoptó medidas técnicas y de precaución para proteger los intereses confiados, como designar un auditor técnico y un contador que suministre un informe escrito, previo a la iniciación de la obra, acerca de cuáles son los recaudos y su modo de ejecutarlo”; f) “ No informó al fiduciante las situaciones de emergencia o anomalía que no eran simples problemas de ejecución de poca entidad. Las víctimas luego de mucho andar y padecer los silencios y en algunos casos falsas promesas se dan con la novedad que no iban a recibir los departamentos o unidades contratadas”.

En base a todo lo expuesto, el Tribunal concluyó que “...O.F.B. tenía conocimiento que debía administrar los fondos fideicomitados con prudencia y diligencia, para responder a las víctimas denunciantes en

correspondencia a la confianza y buena fe que en él habían depositado. Es razonable concluir que de forma consiente y voluntaria O.F.B. en su rol de fiduciario creó un riesgo desaprobado por normas civiles y penal”.

Ahora bien, teniendo en cuenta la transcripción mencionada se vislumbra que el Tribunal recurrió a la teoría de la imputación objetiva a los efectos de afirmar la tipicidad objetiva de la conducta del acusado. No es cierto que el a quo aplicó esta teoría para no analizar el tipo subjetivo. Al contrario, conforme se verá más abajo, la Cámara sí realizó un análisis riguroso del tipo subjetivo de la figura.

En rigor, en este segmento, se trata de un estadio anterior en los estamentos de la teoría del delito, pues el examen efectuado se ubica en el tipo sistemático objetivo. Aclarado esto, no se avizora error en este proceder. Pues bien, la Sala analizó que la conducta del imputado elevó el riesgo jurídicamente aceptado. Para emprender tal análisis, tuvo en cuenta las disposiciones contractuales contenidas en los distintos negocios jurídicos constitutivos de los fideicomisos involucrados. Asimismo, contempló la normativa específica que regulaba las obligaciones del fiduciario previstas en el Código Civil y en la Ley 24.441. Igualmente, para aquellos contratos, en curso de ejecución nacidos en el régimen anterior (art. 7 CCyCN, párrafo 3) y para aquellos posteriores al 1 de agosto del 2015 tuvo en cuenta las normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En esa tarea, la Sala II estructuró los incumplimientos del fiduciario en cinco ejes troncales. Dicho de otro modo, el a quo tuvo en cuenta que el acusado incumplió cinco obligaciones inherentes a su carácter de fiduciario, inobservancia que elevó el riesgo jurídico aceptado en la tarea que desempeñaba.

De acuerdo con lo adelantado, cabe destacar que este proceder no resulta equívoco puesto que para evaluar la superación del riesgo permitido debe sopesarse la reglamentación específica de la actividad en cuestión. De hecho, la doctrina específica explica que “cuando determinadas actividades revisten riesgos, pero su ejecución es necesaria o útil socialmente o deseada por una multitud, existen por lo general normas especiales que establecen las condiciones bajo las cuales es posible llevar a cabo tales acciones” (FRISCH Wolfgang, op., cit., p. 69). Siguiendo esa línea, solo cabe imputar las consecuencias de esas actividades cuando mediante el incumplimiento de esas condiciones de disminución de riesgos se supera el umbral de lo permitido y por tal motivo se acaba produciendo el resultado típico. Es que, “en muchos ámbitos de la vida (...), el legislador ha dictado prohibiciones de puestas en peligros abstractas,

cuya infracción fundamenta en general la creación de un peligro permitido” (ROXIN CLAUS, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, Traducción 2da. Editorial Thomsom Reuters Civitas, 2015, p. 1001).

Sobre este marco conceptual, no luce equívoco que la Cámara hay tomado como ejes para evaluar la elevación del riesgo sobre la base del incumplimiento de la siguientes obligaciones: **i)** no invirtió los fondos recibidos en los respectivos fideicomisos, a sabiendas que debían ser invertidos con absoluta exclusividad para la ejecución de cada fideicomiso; **ii)** no rindió cuentas en forma periódica, con información respecto a la ejecución de las obras y las decisiones sobre ellas; **iii)** no llevar una contabilidad circunstanciada y precisa del movimiento de fondos; **iv)** la falta de contratación de un profesional que lleve un control sobre los fondos que integraban los distintos fideicomisos; **v)** la ausencia de implementación de medidas técnicas y de precaución para proteger los interés confiados, con designar un auditor técnico y un contador que suministre un informe escrito, previo a la iniciación de la obra, acerca de cuales son los recaudos y su modo de ejecutarlo; **vi)** incumplimiento del deber de informar a los fiduciantes la situación de emergencia a la cual estaban sometidos los fideicomisos y **vii)** administración de los fondos sin la debida prudencia y diligencia que exigían las circunstancias del caso.

Aclarado esto, continuando con el examen del agravio, debe rechazarse el argumento del recurrente referido a que no se analizó el tipo subjetivo. Se demostró que el a quo empleó la teoría de la imputación objetiva a los efectos de afirmar la tipicidad objetiva del delito de defraudación fiduciaria. Posteriormente, en un apartado distinto, la Cámara emprendió el análisis del tipo subjetivo.

Así pues, sobre el tipo subjetivo, la Cámara aseveró que “...la defraudación fiduciaria, en principio, solo puede ser cometida mediante dolo, es decir con el conocimiento de los deberes que se tienen y la voluntad de violarlos. El dolo del autor debe presentarse al momento de realizar las acciones típicas. No es necesario para la configuración del delito que el autor haya actuado dolosamente y con ardid desde el inicio de la relación jurídica, en cuyo caso deberá aplicarse la figura de estafa. Se trata de un abuso de confianza, el dolo del sujeto activo se patentiza con posterioridad a la disposición patrimonial. Ahora bien, la dirección intencional a la defraudación de los intereses de los contratantes, acompañada de la actitud de indiferencia, podría ser suficiente a los efectos del delito (Cfr. [LINK](#) [LINK](#) [LINK](#))”.

Ergo, la Sala analizó que el tipo penal exige un elemento subjetivo distinto del dolo. En esa línea, mencionó que “...la figura exige

un elemento subjetivo adicional: Que el titular fiduciario actúe en provecho propio o de un tercero. El aspecto subjetivo de este tipo penal doloso se completa con la finalidad de obtener un beneficio para sí o para otro. El dolo en la conducta del sujeto activo solo se puede apreciar con posterioridad a la disposición patrimonial y no antes. Si el dolo fuera al comienzo del negocio jurídico, esto es, con el fin de engañar, estaríamos frente al delito de estafa (op cit. P566). En este sentido, la infidelidad exige el conocimiento de que se viola el deber de cuidado del patrimonio fideicomitado, y se perjudican los intereses que le fueron confiados. Y en el abuso, se requiere que el autor conozca que excede las facultades de su actuar respecto del patrimonio ajeno, perjudicando así a su titular. Es claro que el dolo que se exige es el directo, ya que el elemento conativo del dolo exige el conocimiento de la posición que el sujeto tiene, y además saber que abusa o que es infiel y, además querer llevar a cabo esos actos, todo lo cual descarta el dolo eventual”.

Asimismo, el a quo ponderó que “...Los conocimientos especiales del autor deben ser considerados a la hora de evaluar la responsabilidad de un fiduciario sumamente calificado, toda vez que el parámetro de valoración de la conducta es la forma en que hubiera obrado un buen hombre de negocios que dispusiera de la información que el fiduciante poseía al momento de decidir. No puedo acoger el argumento defensivo, la conducta del imputado fue más allá del mero incumplimiento civil y se adentró en el espacio típico del delito de defraudación. No hay dudas del resultado, la importante cuantía de lo defraudado, y la trayectoria de incumplimientos acumulados. No hay dudas la representación de los perjuicios en el resultado de su conducta, por ello considero que la conducta desplegada por O.F.B. encuadra en el dolo típico de la figura”.

De hecho, la Cámara analizó en un párrafo diferente la presencia del elemento subjetivo distinto del dolo que requiere el tipo subjetivo de la figura prevista en el artículo 173 inciso 12 del C.P.

Concretamente, la Sala mencionó que “La ley ha introducido en el tipo legal elementos subjetivos que limitan el ámbito de la conducta penalmente incriminada, para evitar, así, la represión a incumplimientos de deberes contractuales; por tanto, al dolo se agrega **la exigencia de un designio especial en el autor: el de procurar un beneficio para sí o para terceros**. En la primera cuestión argumenté en base a las pruebas producidas y contradichas, el modo que se revela probado este extremo: que O.F.B. obró en provecho propio y de un tercero. Es oportuno aclarar que el beneficio es la ventaja patrimonial que el autor se propone obtener, no siendo necesario que lo logre. Es decir, fin de lucro no es lucro efectivo sino que consiste en el propósito del sujeto activo de lograr un provecho o ventaja susceptible de apropiación pecuniaria. **En este caso concreto**

se verificó cómo O.F.B. se benefició a sí mismo, a partir de la constitución de nuevos fideicomisos con fondos de otros Fideicomisos. Los viajes al exterior y la compra de autos de alta gama. En la primera cuestión expliqué como se beneficiaba él, como desarrollador del negocio, con la creación de nuevos fideicomisos, por un lado, y por otro lado, se probó que no invertía con exclusividad los fondos ingresados en el fideicomiso, de manera arbitraria y perjudicial para el patrimonio que debía proteger invertía el dinero en otro fideicomiso. El beneficio a un tercero se verifica con dos modalidades de actuación corroboradas y ya analizadas de O.F.B.: por un lado, la permuta de unidades y por otro lado el pago de los alquileres, que fueron desarrollados en profundidad en la primera cuestión” (el resaltado me pertenece).

La transcripción de los párrafos mencionado vislumbra que la Sala analizó la concurrencia del tipo subjetivo delimitando la presencia del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo distintos de la voluntad realizadora del tipo objetivo. Cabe destacar que, el examen detallado de este estamento del tipo sistemático era necesario en cuanto *la defraudación fiduciaria posee una estructura compleja en su faz subjetiva*. Por tal motivo, se dijo que “...el dolo se manifiesta en la congruencia de los aspectos subjetivo-objetivo expresada a través de la intención dolosa del agente que con su conducta comisiva de disposición, gravamen o perjuicio de los bienes, materia del contrato celebrado por las partes, lesiona mediante el fraude, los derechos de los co-contratantes (sujeto pasivo). A la intención de defraudar por medio de la disposición, gravamen o perjuicio del bien, se le suma otro elemento que sólo se hallará en el ánimo del agente y éste es la ventaja patrimonial o beneficio, para sí o para un tercero, que lo llevará a ejecutar el acto delictual. Por tanto, la ley requiere que el dolo esté motivado en elementos subjetivos del tipo, que depara una ventaja o beneficio para el sujeto activo o para un tercero” (CARRIZO Rubén Omar, “Las Nuevas Defraudaciones Penales (Los delitos incorporados al artículo 173 del Código Penal por la ley 24.441/95”, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 22).

De lo anterior, se desprende que la Cámara procedió adecuadamente en la verificación de la presencia de este elemento subjetivo distinto del dolo pues era un punto trascendente, ya que para el tipo penal bajo examen no basta con que el sujeto activo tenga conocimiento y quiera defraudar a los co-contratantes a través de las acciones típicas de disponer, gravar o perjudicar los bienes fideicomitados. El tipo penal requiere algo más que el puro querer la realización del tipo objetivo, la norma prescribe que debe existir una ultrafinalidad, la cual consiste en que el agente defraude al sujeto pasivo con el fin de procurarse un beneficio propio o para un tercero (cfr. ZAFFARONI Raúl

E.-ALAGIA Alejandro- SLOKAR Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 518; RUSCONI Maximiliano- Kierszenbaum Mariano, "Elementos de la Parte General del Derecho Penal", Hammurabi, 2020, ps. 114/115). Independientemente de que se obtenga la finalidad, lo fundamental radica en que la disposición, gravamen, o perjuicio que producen la defraudación de los co-contratantes tiene que haberse realizado en beneficio propio o de un tercero (cfr. AROCENA Gustavo- BALCARCE FABIAN. "Defraudaciones", Hammurabi, 1era. Edición, 2018, p. 250).

En rigor, si la acción de "disponer", "gravar" o "perjudicar" carece de este elemento psicológico, entendido como una predisposición mental para obtener a través del obrar interesado un beneficio, no se configura el tipo penal. Ahora bien, de la lectura de los distintos acápite del apartado "7.1)", surge claro que el Tribunal analizó como el acusado, en la administración de cada fideicomiso, fue cometiendo la acción típica con finalidad de defraudar para procurarse un provecho propio o a favor de tercero. Dicho esto, el agravio debe rechazarse.

7.3) A partir de lo tratado en los puntos anteriores, surge claro que la conducta del imputado constituye una acción típica. A su vez, se aprecia que no existen eximentes de antijuricidad que permitan inferir la existencia de un permiso por parte del ordenamiento jurídico que justifique el accionar del imputado. En ese marco, se puede afirmar que su actuación además de ser típica también fue antijurídica. Por último, tampoco se vislumbra, ni la defensa invocó, la presencia de alguna causal que exima de culpabilidad al encartado. Es decir que, la acción desplegada por el imputado constituye un hecho punible que como tal constituye objeto de un proceso penal.

8) Ahora bien, en este punto corresponde abordar el tratamiento de los agravios referidos a la condena por el delito de amenazas coactivas en perjuicio de Nélica del Valle Mazza. A propósito del asunto, el recurrente impugnó dos cuestiones. En primer lugar, hizo hincapié en que no existen elementos probatorios que permitan concluir, con el grado de certeza necesario, la comisión del injusto culpable bajo examen. Por otro lado, impugnó la incorporación tardía de un informe psicológico ofrecido por la querrela.

8.1) Concretamente, sobre la presunta ausencia de pruebas para condenar por el delito de amenazas, la defensa técnica argumentó que *"...no existen testigos; ni cámaras; ni chats; ni mensajes de textos; ni mails; ni ningún medio que haya sido vehículo para acreditar ese supuesto hecho. Solo los dichos de Mazza (...)* Es decir V.E., que nuestro defendido fue colocado en un callejón sin salida; demostrar su inocencia. Cuando en realidad la acusación pública

y/o la parte querellante debió probar que el hecho existió...”.

Para empezar, merece ponerse de relieve que la Cámara tuvo por acreditado el siguiente hecho *“...en fecha 22/05/2017, a horas 08.00, en circunstancias en que Nélide del Valle Mazza subió al ascensor de calle Jujuy N° 62 de esta ciudad capital, edificio donde esta reside, O.F.B., que vive también en ese mismo domicilio, en el piso 9, y que igualmente se encontraba en ese ascensor, le dijo a ella: “señora qué se piensa, la voy a desalojar del departamento, por la denuncia que me hizo, la voy a dejar afuera”. A continuación, luego de intercambiar algunas palabras, la volvió a amenazar muy violentamente respecto a que la iba a dejar afuera de la propiedad en donde actualmente habita, la cual le fue entregada por usted hasta tanto le otorgue el inmueble que, contrato mediante, tal como fue descripto más arriba, se comprometió a entregar en la calle Mendoza N° 45 de esta ciudad”.*

Cabe destacar que para arribar a la conclusión de la existencia del hecho realizó un examen minucioso de la prueba aportada al proceso. En efecto, la Sala inició su razonamiento sosteniendo que *“...voy a analizar si existió el segundo hecho que se intimó a O.F.B., cuya víctima habría sido Nélide del Valle Mazza. En esta oportunidad, se acusa a O.F.B. de que, a principios de julio de 2017, a horas 08.00, se encontró en el ascensor del edificio sito en calle Jujuy N° 62 de esta ciudad capital con la señora Nélide del Valle Mazza. En ese momento la increpó y le dijo: 'señora qué se piensa, la voy a desalojar del departamento, por la denuncia que me hizo, la voy a dejar afuera'. A continuación, luego de intercambiar algunas palabras, la volvió a amenazar diciéndole que la iba a dejar afuera del departamento en el que actualmente habita. Ese departamento, le había otorgado el Sr. O.F.B. hasta tanto finalice el edificio en Mendoza 45, y pueda entregar el departamento que Nélide había contratado”.*

En este escenario, la Cámara afirmó que *“...Lo determinante será corroborar si existió este comportamiento por parte de O.F.B.”.* Así pues, para verificar la existencia del hecho argumentó que *“...La puesta en perspectiva de un mal, que consiste en anunciar a la Sra. Mazza que va a desalojarla del departamento, que va a dejarla afuera, está probada principalmente por el testimonio de la Señora Nélide del Valle Mazza prestado durante la Audiencia de Debate Oral y Público”.*

Para fundamentar su postura, dijo que *“...el testimonio fue espontáneo, genuino y convincente”.* En esa línea, el Tribunal prosiguió *“...no hay dudas de la relación contractual, la víctima explicó que contrató con O.F.B., que le compró un departamento que debía entregarle en dos años. En ese contrato había una cláusula que decía que si hasta 2015 no le*

entregaban el departamento, iba a pagarle un alquiler. Remarcó que ella pidió que se agregara esa cláusula, porque estaba vendiendo su casa para comprar un departamento en pozo. Luego, explicó que, a partir del 2015, como no avanzaba la obra, el imputado le empezó a pagar un alquiler. Agregó que una persona de la oficina de O.F.B. le dijo que trate de conseguir que le den un departamento propio de O.F.B., en la calle Jujuy 68, porque si no, le iban a pagar dos o tres meses el alquiler y después no iban a pagarle más. Dijo que esperó horas y horas en los pasillos e insistió un montón hasta que consiguió un departamento en ese edificio. Aclaró que luego de un año la tuvieron que mover a otro departamento de ese mismo Edificio de Jujuy 52 porque una señora, que estima es la hermana de O.F.B., fue a tocarle la puerta y decirle que se vaya porque ese era su departamento”.

Concretamente, la Sala valoró que “...con relación al tema que se debate en este apartado dijo: 'Una mañana bajaba a trabajar y deben haber sido las 8 de la mañana y él (por O.F.B.) venía en el ascensor donde yo subo. Estaba sacado, él siempre estaba bien peinado, ese día estaba despeinado y me dice *las voy a hacer sacar con la policía de mi dpto., ese no es de usted*, yo me he asustado, porque semejante persona, yo lo miraba a lo alto, entonces le digo que al dpto lo iba a tener cuando me entregue el mío, que le había pagado, de contado, mientras tanto yo no pienso salir arrastrando mi hijo como me sacó del 6to. Entonces me dice que me iba a hacer sacar por la fuerza, entonces me pegué a la puerta del ascensor, estaba muy muy asustada, llegué al trabajo llorando, mis compañeros me vieron y subí a hablar con mi jefe, ahí fui a ver al Dr. Collado e hicimos las denuncias por amenazas’ ”. Así pues, apreció que “...Aclaró que sintió mucho miedo, porque el hombre es alto, robusto, estaba enojado, y se sintió indefensa. Además, la señora refirió una serie de complicaciones físicas, producto de ese episodio, que vivió como amenazante. Dice que desde entonces padece ataques de pánico y depresión. Desde que vivió eso está en tratamiento psiquiátrico y toma tres medicaciones por día. Dice que tiene miedo que le abran su departamento, que le saquen las cosas y la tiren a la calle”.

Nuevamente, sobre el testimonio dijo que “...Como lo adelanté, el relato expuesto en la audiencia de Debate fue genuino, espontáneo, cargado de emotividad. Era credibilidad. No advierto razones para inventar un episodio así, y la señora tampoco se percibió como alguien capaz de fabular un relato de esas características. Además, si analizamos que tanto Mazza como O.F.B. vivían en el mismo edificio, es razonable que con cierta frecuencia podrían haberse cruzado en espacios comunes”. Sobre el punto, analizó que “...si contextualizamos que en el momento en que habría ocurrido este hecho se estaba iniciando esta causa penal, y la sra Mazza a quien le pagaba un alquiler a

consecuencia de la falta de entrega del departamento". En este punto, infirió que "...No es descabellado que O.F.B. haya reaccionado con enojo y ofuscación (sin justificar esa reacción) ante la determinación de la Sra. Mazza de radicar una denuncia, y actuar en consecuencia a ese enojo no justificado. Conviene aclarar que en general este tipo de hechos ocurren en la intimidad, sin la presencia de otras personas que puedan testificar sobre estos episodios. Por ello, se admiten indicios que complementen el relato de la víctima, para poder determinar si existieron o no existieron".

A su vez, vinculó el testimonio con otros datos probatorios. Así pues, el Tribunal dijo que "...En este punto cobran relevancia los exámenes psicológicos practicados a la Sra. Mazza, que verifican la huella psíquica, o el rastro que dejó un episodio de estas características, que la víctima vivenció como violento y amenazante. Es relevante el informe psicológico obrante en la causa, que es concordante con el último examen practicado por la Lic. Pappa, perito de parte, perteneciente al Ministerio Pupilar y de la Defensa. Como datos relevantes consigna: '(Se verifica) el impacto subjetivo que tuvo la situación de haber vivido una situación de estafa y luego haberse sentido amenazada. (...) relata haber vivido una situación de amenaza por parte del Sr. O.F.B. en el ascensor del departamento donde reside, en el año 2017. [Esta situación de amenaza generó] en ella un temor generalizado y excesivo, temblor en el cuerpo y en la voz, ansiedad, apatía, insomnio, alteraciones en la alimentación, anhedonia, y tendencia al aislamiento. (...) padece de algunas afecciones y enfermedades autoinmunes, como celiaquía, gastroenteritis, y presión alta. Puede auto percibir un gran cambio en su forma de vivir. Ahora siente abatimiento, y no logra volver a proyectar un futuro.' Ese examen psicológico se complementa con otra entrevista psicológica practicada por la Lic. Contanza Martinenghi, también del Ministerio Pupilar y de la Defensa".

Sobre esta plataforma, el a quo dijo que "...Estos exámenes tienen idoneidad y son concordantes con el testimonio de la víctima, dan cuenta que este hecho existió y dejó una consecuencia en la psique de la señora Nélide Mazza. Si bien O.F.B. negó los hechos, es decir negó que haya increpado a la señora en el ascensor, y negó haberle exigido que levante la denuncia, o de lo contrario le sacarí a el departamento, esta actitud de negar los cargos puede constituir un ejercicio de su derecho a la defensa, pues no está obligado a declarar contra sí mismo".

La Sala también valoró que "...Las pruebas respaldan la consistencia del relato de la Señora Mazza, tiene credibilidad, su lenguaje corporal, el tono, la forma en que expuso los hechos fue espontanea. No surgen indicios de fabulación o mendacidad. Incluso cuando evocaba el recuerdo

de la amenaza, pude notar los nervios, el miedo genuino que le generaba hablar sobre esa situación que vivió. Estos elementos de convicción surgen de la inmediación y de la percepción de la prueba, sumado a los exámenes psicológicos practicados a la Sra. Mazza, que identifican el rastro psíquico o daño que dejó este evento vivido por la señora, me permiten afirmar que el hecho existió como lo relató en el debate". Ergo, la Cámara analizó que "...esta acción para ser típica, requiere que el anuncio o puesta en perspectiva de un mal, tiene que ser usado para alarmar o amedrentar. Además, ese mal anunciado, para tener relevancia penal debe ser grave, futuro, a persona determinada, injusto, posible y dependiente de la voluntad de quien amenaza. Estas notas adicionales, suponen una restricción al tipo penal. Y son necesarias, porque no cualquier anuncio o puesta en perspectiva de un mal que sea para alarmar o amedrentar supone por sí misma una conducta con relevancia para el derecho Penal. Por eso, la doctrina y la Jurisprudencia han ido delimitando los alcances de este tipo que está redactado de una forma genérica, para otorgarle mayor precisión".

A los efectos de precisar el tipo penal, la Sala realizó un relevamiento jurisprudencial y doctrinal mencionando que "...Así, la Sala I de la Cámara Federal de San Martín mediante sentencia dictada el 28/03/1994 en la causa 'L.J.R.' N° 374 estableció que: "Aunque la redacción actualmente no contiene los adjetivos de 'injusta y grave' con que anteriormente se calificaba a las amenazas, ellas no han desaparecido de la tipicidad". A su vez, la Sala VII de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en la causa 'C. y Otros', mediante sentencia de fecha 19/03/2002 afirmó que en el delito de coacción son aplicables los requisitos que la amenaza debe revestir. En efecto, las amenazas deben ser graves, injustas, determinadas, posibles y dependientes de la voluntad de quien las profiere. También, la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, mediante sentencia de fecha 25/9/2002, en la causa 'D. G. P. M.', c. 19.380 "delimitó el tipo, agregando y explicando la nota de amenaza injusta:..."Muchas amenazas quedan fuera de la persecución penal si la causa o el fin que las inspira, las priva de un elemento fundamental para considerarlas típicas: la calidad de injustas. Todas las amenazas de causar un daño amparado por el Derecho no puede considerarse constitutiva de una delito". También, agregó que "...En igual sentido, Soler en su manual, cuando analiza el tipo de Amenazas, sostiene que se excluyen del ámbito del juicio de tipicidad aquellos casos donde el autor anuncia que va a recurrir a una autoridad, a la justicia o realizar una denuncia (cfr. Soler, Derecho Penal Argentino, T IV, 4ed., 10ma reimp. Actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio. TEA, Bs. As, p. 83; Aboso, Código Penal Comentado y Anotado, ed. BdeF, Bs As, 2012 p 735). Estas limitaciones del tipo efectuadas por la

jurisprudencia y la doctrina están a tono con el principio de lesividad establecido por el art. 19 de la C.N., con el principio de legalidad, que exige certeza en los tipos penales que restringen la libertad de los individuos, y con la ratio legis del delito de Amenazas”.

A todo ello, agregó que “...tanto las amenazas como las coacciones, constituyen tipos penales residuales donde se describen conductas que no encuadran en tipos más específicos de la legislación penal. En ese sentido ambos tipos penales configuran el límite inferior del ius puniendi. En un número importante de casos el sentido general de determinada estructura típica exige mayores requisitos del precepto penal que los que surgen de la propia taxatividad del tipo. Ello es así, porque si nos limitásemos a una interpretación literal llevaríamos a desvirtuar por completo el objetivo que el tipo penal está llamado a cumplir, incluyendo en la configuración típica una cantidad de conductas que exceden por completo los fines del Derecho penal, la última ratio y los intereses de Política criminal de un Estado de Derecho (cfr. González Guerra '¿Amenaza, coacción o libertad? Una propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones', fecha: 13-03-2014, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal IJ-LXX-891 passim)”.

Sobre esta plataforma, circunscribiéndose a la conducta en concreto, afirmó que “...el mal anunciado por O.F.B. -que le va a sacar el departamento a Mazza porque efectuó la denuncia penal- es injusto. Más aún si consideramos la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la señora, que no tiene una vivienda, ni los ingresos suficientes para pagar un alquiler. Es un mal porque la consecuencia es que se va a quedar sin un lugar para vivir. Es injusto, porque la obligación de pagarle el alquiler surge contractualmente a partir del instrumento que firmaron Mazza y O.F.B.. Además, O.F.B. asumió esta obligación porque Nelida Mazza vendió su departamento para comprar una unidad en pozo en el Fideicomiso de Mendoza 45 que O.F.B. se obligó a entregar una vez terminada la unidad”. En ese marco, el Tribunal agregó que “...Por otro lado, este mal puesto en perspectiva dependía exclusivamente de la voluntad de la persona que lo anuncia, es decir de O.F.B.. Eso por la precaria situación en la que se encontraba la Señora Mazza, sin un contrato de alquiler para ocupar ese departamento. Estaba ahí por un arreglo de palabra entre O.F.B. y ella. Por último, O.F.B., de manera implícita, con el anuncio de ese mal, pretendió que la Sra. Mazza levante o no inste la denuncia penal. Es decir pretendió con este anuncio limitar la libertad de la Señora Mazza, y obligarla a hacer algo (o no hacer, en este caso no seguir con la causa penal) bajo amenaza de cumplir el mal anunciado, es decir sacarle el departamento. **El anunció de un mal se hace con el propósito de**

obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Es decir, se impone una condición a la víctima, que deberá cumplir, y se compele a cumplirla bajo amenaza de un mal. La condición debe ser injusta, y de posible cumplimiento para el sujeto pasivo. En el caso bajo estudio, la condición puesta por O.F.B. es injusta, porque le impone no seguir una causa penal, no efectuar una denuncia como persona damnificada de un delito, en contra de las leyes que amparan su actuación (ley 27372). También, la condición es de posible cumplimiento, porque está entre las posibilidades de Mazza dejar de querellarlo, o no instar en forma privada la acción penal, como efectivamente lo hizo. De esa manera, se verifica el carácter de injusto de la condición impuesta" (el resaltado me pertenece).

Consecuentemente, la Sala infirió que "...el mal anunciado por O.F.B. a Nélide del Valle Mazza fue injusto, dependiente de su voluntad, y cierto, existió y está probado, y la condición impuesta para no llevar a cabo el mal también es injusta y de posible cumplimiento por parte de la víctima . Con relación a la conexión subjetiva puedo afirmar que O.F.B. se representó y quiso anunciar a Mazza que le sacarí a su departamento de manera injusta con el fin implícito de obligarla a que levante la denuncia penal en su contra. Esto implica que obró con conocimiento y voluntad de anunciar un mal e imponer una condición para que la víctima deje de hacer algo (no inste la denuncia penal). Por ello puedo atribuir a la conducta desplegada por O.F.B. el dolo directo de la figura en cuestión".

Dicho esto, el Tribunal concluyó que "...la prueba expuesta metodológica y analizada racionalmente me permite llegar a un grado de certeza epistémica sobre la existencia del hecho como lo expuse. No habiendo alegado ni demostrado causales de inimputabilidad, podemos concluir en que O.F.B. pudo comprender la antijuridicidad de su conducta y fue capaz de dirigir sus acciones. También se ha demostrado que O.F.B. tiene capacidad de culpabilidad. No existió causa de justificación que neutralice la antijuridicidad de la conducta que le era exigible, deberá responder como autor penalmente responsable del hecho ilícito cuya calificación precisaré en la próxima cuestión".

En vista de que el recurrente impugnó que los datos probatorios aportados al proceso no permiten arribar, con el grado de certeza necesario, a la comprobación del delito de amenazas coactivas resulta necesario revisar el razonamiento probatorio efectuado por el Tribunal. Para tal empresa, debe ponderarse que esta Corte tiene dicho que "...nuestro sistema de enjuiciamiento penal consagra un régimen de valoración probatoria donde el juez puede apreciar libremente la prueba con la sola atenuación de que esa libertad está sujeta a la observancia de las reglas de la sana crítica. En ese marco, puesto que el valor de

cada prueba no se encuentra tasado o predeterminado legalmente, se exige al Tribunal que exponga cómo arribó al convencimiento sobre la existencia del hecho, o sea, que exhiba los argumentos racionales que permitan conocer el valor probatorio que otorgó a cada uno de los elementos incorporados válidamente en el proceso" (CSJT, in re "M.H.E.N.H.R.A.C.M.Y.R.G.D. s/ Homicidio agravado", Sent. N° 869 del 02/09/2021; in re "Zelaya Pourrieux, Maximiliano y otros s/Homicidio agravado", Sent. N° del 925 del 01/08/2022; in re "Pombo Ivan Darío s/ Homicidio", Sent. N° 933 del 08/08/2022).

Aclarado lo anterior, se recuerda que la víctima Nelida del Valle Mazza declaró que "...Él me inicia la causa, pasan unos días y como yo vivía ahí nos cruzábamos permanentemente ahí en el ascensor, una mañana bajaba a trabajar y deben haber sido las 8 de la mañana y él venía en el ascensor donde yo subo, estaba sacado, él siempre estaba bien peinado, ese día estaba despeinado y me dice 'las voy a hacer sacar con la policía de mi dpto., ese no es de usted'. Yo me he asustado, porque semejante persona, yo lo miraba a lo alto, entonces le digo que ese dpto. lo va a tener cuando me entregue el mío, pagado, de contado, mientras tanto yo no pienso salir arrastrando mi hijo como me sacó del 6to,. Entonces me dice que me iba a hacer sacar por la fuerza, entonces me pegué a la par del ascensor, estaba muy muy asustada, llegué al trabajo llorando, mis compañeros me vieron y subí a hablar con mi jefe, ahí fui a ver al Dr. Collado e hicimos las denuncias por amenazas, nunca tuvo la iniciativa de ofrecerme otro dpto. Él sabía mi situación económica, yo el día de hoy gano \$49.000 de jubilación, no tengo auto, bicicleta, tengo un hijo de 26 años, soltero, yo compraba algo de buena calidad para mi hijo, y resulta que no tenía la casa, recibo, no tenía nada. Entonces el Dr. Collado me dice que no podía seguir atendiéndome, no le pagaba nada al Dr. Collado, porque no me alcanzaba, entonces he pedido la defensoría oficial y así llego explicando todo esto, he sido muy bien atendida, me han cuidado, porque en ese mismo mes que hago la demanda por amenazas he comenzado con ataques de pánico, porque creía que en cualquier momento iban a abrir mi dpto. y me iban a sacar todas mis cosas a la calle. Nunca me hizo un contrato de alquiler, nunca me hizo, nunca quiso firmar nada. Me vino una depresión, porque estoy que tiemblo, me tiembla la voz, empecé tratamiento psiquiátrico desde el mismo mes de agosto de las amenazas, con 3 medicaciones por día, necesito mi casa, que se haga justicia y así como estoy yo están todas las personas que se presentaron ante ustedes, todas estamos medicadas, esto no se puede decir que fue casualidad, esto es algo pensado, planeado, que no le interesa el otro, no se imagina las veces que tenía a mi favor que me podía sentar a esperarlo y le pedí que arregle conmigo. Yo a la empleada

que me dijo que viva ahí le debo la vida, sino sería una indigente. Yo no sé qué hubiese sido de mi vida pero vivo con miedo, estoy viviendo en un edificio donde si lo hubiese tenido que pagar no hubiese podido, porque incluso ahora me cuesta”.

Asimismo, detalló que *“...-¿Usted hizo la denuncia por la amenazas, fue dentro del ascensor? Si, es un ascensor chiquito, o sea que entramos 3 personas amontonadas. Eso fue en el año 2017 cuando yo me imagino que debe haberse enterado que yo había hecho la demanda penal, porque hasta ese momento no había hecho ninguna demanda. ¿Sintió miedo? Muchísimo miedo, para tener las cosas que tengo ahora, tengo un certificado por el psiquiatra donde dice todas las cosas que tengo, sigo viviendo con el miedo constante de que me hagan algo. Después de esa amenaza fue terrible el cambio en mi vida, porque ahí me di cuenta que estaba en manos de él, porque estábamos en el mismo lugar, sin que nadie lo vea, el tenía las llaves de ese dpto., entonces se imaginan lo que ha sido. -¿Desde allí esta con problemas médicos? Estoy con tratamiento psiquiátrico. ¿Considera que se encuentra en una situación de desfavorable por su condición de mujer? Si. Soy más chica que él, no soy fuerte, he llegado llorando a mi trabajo”.*

Conforme fue adelantado, el recurrente criticó la valoración probatoria que el Tribunal realizó del testimonio de la víctima. Ahora bien, corresponde revisar el razonamiento probatorio impugnado teniendo en claro que *“(...) debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (...) el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular (...)”*; y que *“(...) lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”(CSJN , “Casal Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” - C.1757.XL – 20/09/2005).*

Igualmente, no debe soslayarse que se ha sostenido que la labor del juez estriba en realizar una historiografía; en escudriñar en el pasado para saber cómo han acontecido los hechos, es decir, debe partirse de los rastros, dejados por las cosas o las personas, para conocer mediante el juicio crítico reconstructivo cómo pudieron acontecer los hechos en el pasado (JAUCHEN Eduardo, “Proceso Penal – Sistema Acusatorio Adversarial”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 286). En el presente, cabe adelantar que tal tarea fue efectuada de manera correcta por el Tribunal. De hecho, de la transcripción del razonamiento probatorio surge que la Cámara valoró la declaración de la víctima con sujeción a las siguientes pautas objetivas, a saber: a) persistencia de la

incriminación, prolongándose en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones b) verosimilitud, mediante la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen la declaración de parte; c) ausencia de incredibilidad subjetiva, que pueda indicar la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. En efecto, la Sala analizó que el relato de Nelida del Valle Mazza no presentaba contradicciones. También, a los efectos de determinar su verosimilitud, vinculó el contenido de la declaración con los informes psicológicos llevados a cabo durante el proceso. Principalmente, por los datos proporcionados por la evaluación efectuada por la Pisc. Constanza Martinenghi del Equipo Social del Ministerio Público y de la Defensa (8 de abril 2021). Como así también, el informe psicológico efectuado por la Lic. Pía Florencia Papa efectuado el 9 de noviembre de 2022. Dicho sea de paso, en el apartado siguiente se abordará la crítica sobre la presunta incorporación tardía de este informe.

Ahora bien, en lo que respecta a la ausencia de incredibilidad subjetiva, el *a quo* hizo hincapié en que como consecuencia de la inmediación, límite infranqueable de esta revisión, podía corroborarse un estado de angustia en la víctima más que una predisposición a perjudicar la situación del imputado. En rigor, se aprecia que el sentenciante observó el estándar seguido por esta Corte, según el cual las declaraciones testimoniales son una prueba frágil que exige jerarquizar la tarea valorativa siguiéndose parámetros objetivos de análisis (cfr. CSJT, in re "Torena Héctor Francisco s/Homicidio", Sent. 102 del 26/02/2020).

De igual modo, se aprecia que la Cámara tuvo en cuenta el contexto en el cual las amenazas coactivas fueron llevadas a cabo. Es decir, no se circunscribió a un mero examen literal de las palabras proferidas por el acusado, por el contrario sopesó toda las circunstancias que rodearon el hecho, para verificar las características de la amenaza coactiva, esto es, su gravedad, su idoneidad para amedrentar, su gubernalidad, etc. Concretamente, la Sala ponderó: **a)** la ausencia de una vivienda propia de la víctima, pues había vendido su propiedad para comprarle un departamento al acusado; **b)** el hecho de que la Sra. Mazza se encontraba habitando un departamento brindado por el imputado como consecuencia de la no entrega del departamento (cfr. Informe Social N° 1078/21); **c)** la proximidad temporal temporal entre la denuncia por defraudación del 24/04/2017 (fs. 159/162) y las amenazas coactivas del 26/04/2017 (fs. 247/249).

En pocas palabras, la consideración del contexto en el que fueron proferidas las amenazas coincide con lo establecido por esta Corte

sobre que las situaciones de violencia no pueden ser valoradas ni interpretadas de modo puramente semánticas con la existencia de un puro silogismo condicional (“si no haces esto, entonces te va a pasar...”) sino que deben ser analizadas en el contexto en que se llevó a cabo (cfr. CSJT, in re “J.E.L s / Amenazas de Muerte”, Sent. N° 318 del 29/03/2016).

Por si lo anterior fuera poco, cabe destacar que esta Corte analizó la declaración brindada en el debate por parte de la víctima. Pudo advertirse de manera insoslayable el estado de angustia que padecía la Sra. Nelida del Valle Mazza mientras relataba el contexto en que se produjo el delito bajo examen (cfr. **Audiencia de debate del 24/10/2022- 01:25:10-01:27:20**).

En suma, no se advierte la violación de las reglas sana crítica en el pronunciamiento condenatorio dictado por el *a quo*. Al contrario, son numerosos los elementos probatorios que permiten inferir con certeza la existencia del hecho.

8.2) Resuelto lo anterior, en este apartado deviene imperioso examinar el agravio sobre la inclusión extemporánea de un informe psicológico por parte de la querrela. Se recuerda, que la defensa técnica manifestó que “...el tribunal sentenciante reparó no tan solo en los dichos de la denunciante como única prueba, sino que esta parte derribó un informe psicológico que presentó la representante de la querrela, realizado 48 hs antes de los alegatos, cuando el periodo probatorio se encontraba cerrado y precluido; sin embargo aquel Tribunal autorizó el ingreso en forma extemporánea de esa prueba (informe psicológico)”.

El recurrente impugnó la inclusión del informe psicológico realizado por la Lic. Pía Florencia Papa denunciando que la posibilidad de hacerlo había precluido. A propósito del asunto, de la revisión del registro audiovisual de las audiencias emana que la defensa técnica no se opuso al ofrecimiento y posterior producción del informe impugnado (**cfr. Audiencia del 7/11/2022, 1:08:12- en adelante**). En otras palabras, el recurrente no impugnó la decisión del Tribunal que acogió el pedido de la querrela, mucho menos hizo reserva de plantear la cuestión en casación conforme el artículo 462 del C.P.P.T., razón por la cual su posibilidad de protestar en casación se clausuró. A propósito del asunto, la doctrina explicó que “...los recursos de casación e inconstitucionalidad que se deduzcan contra la sentencia podrán tener como fundamento vicios de la actividad procesal durante el juicio, siempre que, después de la decisión agravante que rechaza la reposición, se haya formulado la pertinente protesta...” (cfr. Cafferata Nores-Tarditti, “Código Procesal Penal de la Pcia. de Córdoba Comentado”, Tomo 2, Ed. Meditarrena, Córdoba, 2003 p. 382).

Por si lo anterior fuera poco, tampoco se vislumbra la existencia de un perjuicio que justifique la crítica efectuada toda vez que la defensa pudo controvertir el informe mencionado. De hecho, cuando el Tribunal consultó sobre si era necesario la presencia de la Lic. Pía Florencia Papa para explicar sus conclusiones, la defensa aseveró que se daban por satisfechos (**cf. Audiencia de debate del 14/11/2022- 00:01-16:09**).

En vista de ello, corresponde rechazar el agravio deducido.

9) Prosiguiendo con el análisis de procedencia del recurso, corresponde tratar el resto de las críticas formuladas por el recurrente. Se puede agrupar estas objeciones en dos puntos, a saber: **9.1)** la defensa sostiene que el Tribunal juzgó desde una óptica del Derecho Penal de autor; **9.2)** el letrado afirmó que la determinación de la pena no se encuentra fundada, además que el monto impuesto no se corresponde con el fin resocializador de la sanción penal.

9.1) La defensa del imputado manifestó que la sentencia es un fallo de aparente fundamentación o arbitrario. En ese contexto, indicó que "...la óptica con la cual miró los hechos y las pruebas el Tribunal A-quo fue con la del Derecho Penal de Autor, es decir, por lo que el Sr. O.F.B. Es y no por lo que hizo". Bajo este apartado, explicó que "...la defraudación como género de la estafa, participa de los mismo elementos constitutivos de esta, para que el tipo penal alcance al sujeto y encuadrar su conducta en esos extremos. Estos elementos son: ardid o engaño, error en la víctima y disposición patrimonial perjudicial, cuyo elementos deben estar concatenados unos a otros. Y en esta estructura jurídica es que el Tribunal sentenciante, no analizó estos extremos, ya que el primer elemento (ardid o engaño), no fue probado por la acusación pública".

Ahora bien, de la lectura de los apartados "7.1)" y "8.1)" emana que el *a quo* valoró correctamente los elementos probatorios en virtud de los cuales tuvo por acreditado la comisión de los delitos de defraudación fiduciaria (art. 173, inc. 12) y amenazas coactivas (art. 149 bis, 2 párr.). De ese modo, comprobado que el razonamiento probatorio se ajustó a las reglas de la sana crítica, se aprecia que la aseveración referida a que la Cámara siguió una perspectiva de derecho penal de autor no constituye un agravio en sí mismo, sino más bien una manifestación de mera disconformidad.

Además, la crítica del recurrente presenta un error conceptual trascendente. En efecto, la defensa impugnó que el Tribunal no analizó la presencia de los elementos de la estafa haciendo hincapié en que el ardid o engaño no fue probado. El equívoco radica en que el tipo penal de defraudación fiduciaria no constituye una especie de estafa sino de abuso de confianza. En estos

supuestos, no se requiere ardid o engaño para que se produzca el perjuicio sino de los abusos de los poderes de dominio que ejerce el autor en virtud de un acto jurídico anterior preexistente (cfr. BAEZ Julio, "Protección del Fideicomiso Financiero", Editorial Universidad, 1era. Edición, Buenos Aires, 2009, p. 181). Pues, en estos casos de abuso de confianza, el desplazamiento patrimonial inicial no se realiza como consecuencia de un ardid sino de un negocio jurídico válido, que descansa en la confianza mutua de las partes y el perjuicio al sujeto pasivo surge posteriormente cuando el fiduciario administra ese patrimonio. En cambio, en la estafa el autor actúa con dolo desde el inicio de la defraudación empleando un ardid o engaño en virtud del cual obtiene el desplazamiento patrimonial a su favor por parte de la víctima (cfr. DEL SEL Juan María, "Los Aspectos Penales del Fideicomiso" en *Tratado del Fideicomiso* -KIPER Claudio M. - LISOPRAWSKI Silvio V. Directores-, Abeledo Perrot, Tomo II, 4ta. Edición, C.A.B.A, 2017, p. 795). En términos más claros, no es una estafa porque la relación jurídica entre las partes nace válidamente; el dolo en la conducta del agente se aprecia con posterioridad a la disposición patrimonial por parte de la víctima, no antes (cfr. MAIULINI Federico, "La Defraudación fiduciaria (análisis y problema del artículo 173, inciso 12 del Código Penal" en *Revista de Derecho Penal*, Nro. 2000-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 210). Es que, el legislador cuando incorporó este delito al Código Penal -juntamente con las figuras del inciso 12 y 14- estructuró su configuración como tipos específicos de abusos de confianza y no como formas de estafas. Se reitera, "los nuevos delitos reúnen estas características de los abusos de confianza por cuanto, en todos los casos, exigen como presupuesto una relación jurídica inicial lícita entre las partes" (cfr. BUOMPADRE Jorge E., "Delito de Estafa y otros fraudes", 1era. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 339).

En virtud de lo mencionado, corresponde rechazar el agravio propuesto.

9.2) En este apartado, corresponde abordar el cuestionamiento de la pena impuesta al imputado. Concretamente, la defensa manifestó que "*...la simple enunciación genérica efectuada por el Tribunal de las pautas que prescriben los art. 40 y 41 del Código Penal para graduar la pena, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, solo evidencian un fundamento aparente y colocan al fallo atacado dentro de los extremos de la arbitrariedad de la sentencia*".

En rigor, la defensa tachó de arbitraria la sentencia porque la imposición de la calidad y cantidad de poder punitivo se estableció mediante fundamentos generales sin vinculación con el caso concreto. Para evaluar la crítica ofrecida, conviene revisar el razonamiento efectuado por el Tribunal. Así

pues, cabe destacar que la Sala estableció que "...voy a analizar los parámetros que establecen los arts. 40 y 41 del CP para fijar el monto de la pena, dentro de la escala penal establecida. Ambos artículos contienen pautas objetivas referidas a la cuantificación del injusto, y otras pautas subjetivas, que se engloban en la personalidad y condiciones personales del sujeto, que pueden indicar un mayor o menor merecimiento de pena".

Siguiendo esa inteligencia, sobre los factores objetivos de mensuración sopesó que "...El inc. 1 del art. 41 establece como parámetro para determinar la pena, las circunstancias objetivas vinculadas con la naturaleza del delito, su modo de comisión y la extensión del daño causado. El delito es de naturaleza patrimonial, pero también se protege la buena fe en las relaciones contractuales y comerciales. Por ello, el complejo modo en que O.F.B. cometió el delito, a partir de conductas omisivas y comisivas que fueron analizadas en profundidad en la primera cuestión, son elementos que me alejan del mínimo de la escala, porque revelan un accionar calculado, preparado, no una improvisación. Se valió del buen nombre de su padre para atraer inversionistas, y en varias oportunidades utilizó esta referencia para justificar los incumplimientos que empezaron a evidenciarse desde el inicio de su actuación. Esta constante puesta en escena para justificar la falta de construcción o de avances que empezaron a evidenciarse, la manipulación a las personas que reclamaban, o las excusas en problemas burocráticos para la aprobación de las obras, sumado a la especial posición en la que se encontraba O.F.B. con relación al patrimonio que defraudó, donde no tenía prácticamente control de nadie sobre los movimientos que hacía con el dinero que administraba, colocaron al objeto de protección de la norma en una mayor vulnerabilidad o indefensión. Esta también es una causal que justifica agravar el injusto, y posicionarme cerca del máximo de la escala penal".

Asimismo, dijo que "...El tiempo en el que llevó a cabo este delito continuado, durante toda su gestión como Fiduciario de los Fideicomisos constituidos en Las Heras 175, Mendoza 45, San Lorenzo 788, Córdoba 303, también es un factor que debe ser ponderado como un agravante para posicionarme cerca del máximo de la escala, porque fueron muchos años. Por eso, pondero como elemento que me aleja del mínimo de la escala, es decir como un agravante, las circunstancias en las que se produjo el hecho. Durante su gestión de Fiduciario de varios fideicomisos, por un período de tiempo bastante largo. La calificación de su accionar como un delito continuado, es decir con pluralidad de acciones, y no como único hecho, es también una circunstancia agravante, que nos obliga a posicionarnos cerca del máximo. Aunque el delito continuado tiene la misma escala penal que un único delito, no tiene el mismo reproche. En efecto

realizar una única acción que constituya un único delito, es menos grave que llevar a cabo una multiplicidad de acciones perjudiciales, que se engloban en un delito continuado. Este accionar múltiple tienen un mayor reproche que debe expresarse en el monto de pena que se fije”.

En ese sendero, la Cámara agregó que “...Otra circunstancia agravante que me aleja del mínimo de la escala, es la extensión del daño causado por O.F.B.. La extensión se mide en la cantidad de víctimas que sufrieron un daño patrimonial, en el monto total defraudado, que el perito Maggio en su pericia calculó que asciende a 123 millones de pesos, actualizado a abril de 2022. Y también el daño psicológico que este delito provocó a las víctimas. Ese daño se evidenció en los testimonios de cada una de ellas, que relataron en forma detallada como este hecho afectó su tranquilidad y alteró sus vidas. Especialmente el caso de la Sra. Saracco, de la Sra. Aida Hinz, Salas de Terán, Palomo y Lastra Lobo”. A su vez, tuvo en cuenta que “...Con relación a la víctima Mazza en el delito de amenazas probado, debo ponderar en forma negativa para posicionarme cerca del máximo, la extensión del daño que le provocó a la señora las amenazas proferidas. Estas, están consignadas en los informes psicológicos realizados. La señora tiene ataques de pánico, depende de psicofármacos y tiene mucho miedo y paranoia de que alguien se presente en su hogar y la saque. La vulnerabilidad de la señora, por su precaria situación económica, su avanzada edad son situaciones que merecen también un mayor reproche. O.F.B. se valió de esa mayor vulnerabilidad para efectuar las amenazas”.

Ahora bien, el Tribunal sopesó los factores previstos en el segundo párrafo del artículo 41 del C.P. Concretamente, dijo que “...Dentro de las pautas subjetivas que establece el artículo 41, debo ponderar las condiciones personales y socio culturales del autor. En ese sentido, operan como agravantes, su instrucción: es un profesional. Es una persona que tuvo todas las oportunidades para motivarse en la norma y no cometer un delito. Tuvo acceso a la educación universitaria, se recibió de arquitecto. Tuvo un nivel socioeconómico acomodado. Todos estos factores indican que corresponde un mayor reproche, y una mayor exigibilidad penal. También su edad y su trayectoria en el rubro operan como agravantes para posicionarnos cerca del máximo de la escala. Tal y como el mismo lo reconoció, no era un improvisado, y construye desde 1994. Su edad y su experiencia le otorgan una mayor capacidad para comprender el riesgo, y comprender el perjuicio que puede ocasionar su accionar. Las motivaciones personales que lo determinaron a delinquir, también es un factor a considerar para mensurar el reproche. En este caso, se pudo verificar que O.F.B. no tenía necesidades económicas, no tenía una dificultad para ganare el sustento propio o

de su familia. En ese sentido, la motivación a defraudar puede haber estado en una codicia desmedida, egoísmo, ambición, factores que deben ser valorados en forma negativa y posicionarnos cerca del máximo de la escala. Por otro lado, como circunstancias atenuantes, que me acercan al mínimo de la escala penal pondero que no tiene antecedentes penales. Pondero además que tiene tres hijos a su cargo. En este punto, pongo de resalto que la pena se impone a la persona imputada, y es necesario evitar en la medida de lo posible que los efectos negativos trasciendan a otras personas. De allí la importancia de que la reacción estatal sea justa y proporcionada. También debo ponderar la actitud de intentar solucionar el problema económico generado en los distintos fideicomisos, a través de mediaciones y negociaciones entre los fiduciantes para buscar salidas y reencausar los proyectos. Esto se corrobora con los testigos de los Fideicomisos de Cordoba 303, que en general manifestaron su intención de avanzar con la propuesta de O.F.B. para levantar las medidas cautelares y que el terreno pueda pasar a nombre de todos los inversionistas para ellos hacerse cargo de la construcción (cfr. testimonio Victorio Stock, Margarita Pastoriza, Cecilia Rey, Acosta, etc). Por supuesto que esa actitud no anula el injusto penal cometido con anterioridad, y que llevó a esa situación a los Fideicomisos. Pero debo ponderar como positivo su actitud activa para buscar reencausar el proyecto, y no una actitud de indiferencia”.

Dicho todo esto, coligió que “...la pena se fijará en SEIS AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas procesales”.

Por último, la Sala agregó que “...Ello con el convencimiento, que el monto cumple la finalidad de la pena, que satisface tanto en su faz individual de prevención especial negativa (expiación o retribución) y prevención especial positiva (buscar resocializar, reencausar la conducta de una persona que tuvo todas las oportunidades para motivarse y ejercer su profesión conforme a derecho, sin embargo eligió el delito) como en su faz comunitaria de prevención general para asegurar la vigencia de la norma penal prohibitiva violada, y mandar un mensaje a la sociedad de no impunidad en este tipo de conductas. Con relación al pedido de inhabilitación especial, con sustento en el artº 20 bis del CP, considero que no hay en este caso necesidad de aplicar esa sanción accesoria prevista en la parte general para delitos que no prevén en forma expresa esta sanción, como ocurre en los delitos analizados en esta causa. Esta sanción es de naturaleza accesoria. Considero que la pena privativa de libertad es suficiente reproche, en términos de merecimiento. Además, no puedo dejar de ponderar que ya se impuso una sanción administrativa, que consistió en el bloqueo de la matrícula de arquitecto por parte del Colegio de Arquitectos. Por ello, considero que una sanción de inhabilitación extra podría violar la prohibición de exceso y el

principio de non bis in ídem”.

Circunscripto el razonamiento por el cual la Cámara determinó la pena a imponer, antes de continuar con la revisión su contenido debe dejarse en claro que “esta Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el momento de la determinación del quantum, es un momento esencial en el proceso penal puesto que ‘la individualización de la pena es la cantidad y calidad del poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada’ (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, 2ª Edic., Buenos Aires, 2002, pág. 993). Los artículos 40 y 41 del CP fijan las pautas generales para realizar dicha individualización, en particular el artículo 41 en su inciso primero, hace alusión a circunstancias principalmente de índole objetivas: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño y el peligro causado. Por su parte, los enunciados en el inciso segundo, hacen referencia a las de carácter subjetiva relacionadas con la peligrosidad del autor.’ (Conf. CSJTuc., Sent. N°571, 09/08/2010). Es decir que para la fijación de la pena, los artículos mencionados proporcionan una amplia escala que permite al juzgador adaptarla al caso concreto. El régimen legal es elástico, atendiendo a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, los que no formulan bases taxativas sino que dejan librada la mensuración -dentro de los límites normativos- a la apreciación del caso concreto...” (cfr. CSJT. in re “Ortega, Raúl Esteban s/ Homicidio”, sentencia N° 1007 del 27 de julio de 2018).

Ahora bien, es factible apreciar que la Sala de Juicio aplicó a O.F.B. una pena de 6 años de prisión, basándose en las circunstancias del hecho acreditado, y en la gravedad de la acción empleada. Es posible adelantar que esa construcción jurídica descansa en un desarrollo producto de un análisis completo y meduloso de las cuestiones que eran centrales para resolver adecuadamente la cantidad y calidad de poder punitivo a determinar. En rigor, la imposición punitiva luce ajustada a una reflexión que involucró todos los elementos que el Código Penal prescribe ponderar (cfr. arts. 40 y 41 C.P.).

En pocas palabras, en la especie se observa que el análisis materializado en la sentencia contiene fundamentos suficientes para dar sustento a la pena de 6 años de prisión que se impuso al acusado. El Tribunal fundó su decisión sobre el *quantum* de la pena ponderando la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño producido. Para alejarse del mínimo ponderó: a) el aprovechamiento del buen nombre comercial de su padre; b) la complejidad del modo en la ejecución del delito; c) el carácter continuado del injusto penal.

Asimismo, en la determinación de la pena, el *a quo*

consideró adecuadamente los factores subjetivos previstos en el inciso 2 del artículo 41 del C.P., esto es, todo lo relativo a la persona del autor (la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, etc.), los cuales son de ineludible evaluación (cfr. CSJT, in re “Galván Cristian José Benjamín, Galván Ezequiel Ernesto, Albarracín Mauro Cristian y Arias Julio Cesar s/ Homicidio”, Sent. N° 475 del 11/8/2020).

Concretamente, el *a quo* valoró como agravantes el grado de educación alcanzado por el imputado, como así también, los años de trayectoria en el rubro de la construcción, más las motivaciones personales que lo llevaron a delinquir. Sobre el punto, cabe resaltar que, frente a ciertos delitos, la posición social, la profesión o bien una particular relación entre el autor y el bien jurídico pueden implicar una mayor conciencia acerca de la ilicitud de ciertas conductas que revelará una decisión más consciente en contra del derecho. Del mismo modo, también puede verse como agravante el abuso de la posición profesional, en aquellos casos en que ello no fundamenta ya el ilícito mismo (cfr. ZIFFER Patricia S., “Determinación de la pena. Criterios individualizadores” en “Código Penal y normas complementarias” - Zaffaroni Eugenio R, Director-, Tomo 2, Ed. Hammurabi, 3ra. Edición, Buenos Aires, 2019, p. 122).

A su vez, ponderó como atenuantes la actitud posterior del imputado para solucionar los inconvenientes generados como así también su la calidad de padre de tres hijos. En este contexto, por las razones mencionadas, emana que la pena se encuentra suficientemente fundada. Consecuentemente, corresponde rechazar el agravio propuesto.

Por otro lado, no es cierto que el Tribunal no ponderó el fin preventivo especial de la pena. Al contrario, el *a quo* sopesó adecuadamente la función resocializadora de la sanción. Justamente, explicó que “...Ello con el convencimiento, que el monto cumple la finalidad de la pena, que satisface tanto en su faz individual de prevención especial negativa (expiación o retribución) y prevención especial positiva (buscar resocializar, reencausar la conducta de una persona que tuvo todas las oportunidades para motivarse y ejercer su profesión conforme a derecho, sin embargo eligió el delito) como en su faz comunitaria de prevención general para asegurar la vigencia de la norma penal prohibitiva violada, y mandar un mensaje a la sociedad de no impunidad en este tipo de conductas”. De ese modo, debe desecharse la impugnación del recurrente.

En vista de ello, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado O.F.B. contra la sentencia del 5 de diciembre del 2022 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara

Conclusional.

10) Téngase presente la reserva del caso federal realizada por la defensa técnica del imputado.

11) Con relación a las costas generadas, atento a que el recurso fue rechazado, se imponen a la parte vencida (art. 560 C.P.P.T).

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Antonio D. Estofán, dijo:

Estando conforme con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Leiva, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

Estando conforme con los fundamentos vertidos por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Leiva, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo y en concordancia lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal,

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado O.F.B. contra la sentencia del 6 de diciembre del 2022 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara Conclusional, conforme a lo considerado.

II.- TÉNGASE PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por la defensa del imputado.

III.- COSTAS, según se consideran.

IV.- DIFERIR el pronunciamiento sobre la regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

SUSCRIPTA Y REGISTRADA POR LA ACTUARIA/O FIRMANTE EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN, EN LA FECHA INDICADA EN LA CONSTANCIA DE LA REFERIDA FIRMA DIGITAL DE LA ACTUARIA/O.
MEG

NRO. SENT.: 1198 - FECHA SENT.: 26/09/2023 Firmado digitalmente por: CN=FORTE Claudia Maria C=AR
SERIALNUMBER=CUIL 27166855859 FECHA FIRMA=26/09/2023 CN=POSSE Daniel Oscar C=AR SERIALNUMBER=CUIL
23126070039 FECHA FIRMA=25/09/2023 CN=ESTOFÁN Antonio Daniel C=AR SERIALNUMBER=CUIL 20080365749
FECHA FIRMA=26/09/2023 CN=LEIVA Daniel C=AR SERIALNUMBER=CUIL 20161768368 FECHA FIRMA=25/09/2023