



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4 CFP
12099/1998/TO1/5/CFC2

REGISTRO Nro: 216/15.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de FEBRERO del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 397/418 de la presente causa nro. CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2 del registro de esta Sala, caratulada: **“OFICINA ANTICORRUPCION s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 3 de esta ciudad, en la causa nº 1226/10 de su registro, con fecha 29 de agosto de 2014, resolvió *“Que en las condiciones descritas precedentemente, atento el estado de autos y toda vez que el organismo estatal lleva adelante acciones por el perjuicio que le habrían provocado las contrataciones referidas, ante el fuero contencioso administrativo federal, que por su especialidad resulta el ámbito adecuado para decidir respecto de las derivaciones patrimoniales de aquéllas, corresponde estar a lo que en definitiva allí se disponga”* (fs. 392/394).

II. Que contra dicha resolución, interpusieron recurso de casación los doctores Claudia Alejandra Sosa y Juan P. García Elorrio en representación de la parte querellante –Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y

Derechos Humanos– (fs. 397/418), que fue concedido a fs. 420 y vta. y mantenido a fs. 439.

III. Que la parte querellante fundó su recurso en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N.

Efectuó una reseña del trámite que tuvo el incidente.

Abordó los requisitos necesarios para el dictado de una medida cautelar (razonabilidad del monto solicitado, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora), considerando que en el caso tienen lugar todos ellos.

Señaló que la resolución que recurre resulta arbitraria y que el a quo se apartó injustificadamente de lo resuelto por esta Sala IV en una intervención anterior en el marco de este mismo incidente.

Argumentó que el presente proceso penal y el proceso en trámite ante el fuero contencioso administrativo resultan independientes entre sí, no resultando éste un obstáculo para que el juez penal dicte una medida cautelar en el marco de los presentes actuados. Citó precedentes en sustento de su postura.

Hizo hincapié en la necesidad de evitar que la comisión de un delito genere beneficios y el consecuente deber de restituir las ganancias obtenidas de manera indebida.

Hizo mención de los instrumentos internacionales en materia de corrupción que, a su entender, sustentan su postura.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en el art. 465, cuarto párrafo, y 466 del código de rito, la querella –Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos– presentó el escrito que obra a fs. 444 y vta., en el que ratificó el recurso de casación oportunamente interpuesto.

Por su parte, el doctor Marcelo Nardi, en representación de la empresa IBM Argentina presentó el escrito que obra agregado a fs. 445/452.

Solicitó que se declare mal concedido el recurso de casación de la parte querellante por no tener la resolución recurrida el carácter de definitiva o equiparable, agregando que no se trata el presente de un caso de arbitrariedad.

Subsidiariamente, requirió que se confirme la resolución recurrida en razón de haberse constatado que la AFIP–DGI dedujo acciones administrativas y

judiciales en el fuero contencioso administrativo para dirimir específicos e idénticos aspectos patrimoniales a los que suscita la medida cautelar solicitada por la querrela.

Realizó una reseña del trámite que tuvo la causa, focalizándose en el devenir procesal del presente incidente de medida cautelar.

Añadió que no tienen lugar en el caso los requisitos necesarios para el dictado de la medida cautelar, indicando, en particular, que no existe peligro en la demora y que la ganancia excesiva no se encuentra determinada.

Efectuó reserva del caso federal.

V. Durante la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., la parte querellante presentó el escrito de breves notas que fue agregado a fs. 480/487vta. Superada dicha etapa, de lo que se dejó constancia en autos (fs. 490), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

En atención a las presentaciones de fs. 466/474 y 477/479 (segundo pedido de reprogramación de la audiencia mencionada en el párrafo anterior), los jueces consideran que el nuevo pedido de suspensión de audiencia resulta improcedente, máxime cuando la misma ya había sido reprogramada a fs. 475 para ser celebrada el día 25 de febrero de 2015, por lo que pasan a deliberar respecto de la cuestión de fondo.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. En primer lugar, cabe referirme a lo alegado por el representante de la firma IBM Argentina en su escrito presentado durante el término de oficina a fs. 445/452 en relación a que el recurso de casación interpuesto por la querrela es inadmisibile.

Al respecto, si bien el principio general establece que las decisiones atinentes a medidas cautelares –sea que las decreten, levanten o modifiquen– no constituyen sentencia definitiva (Fallos: 313:116) y, en ese sentido, no se encuentran comprendidas en el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde admitir una excepción a ello cuando el recurrente alega fundadamente la existencia de una cuestión federal que permite equiparar la

decisión apelada a definitiva por sus efectos (conforme doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación”, causa nro. 107572, D.199 XXXIX).

En el particular, el recurrente alega un arbitrario apartamiento del *a quo* respecto a lo resuelto por este Tribunal en una anterior intervención, por lo que, bajo las particulares circunstancias del caso, corresponde adentrarse en el fondo de la cuestión.

II. Sentado ello, cabe indicar que la presente incidencia tiene su origen en la solicitud de embargo preventivo sobre los bienes de la firma IBM Argentina, por un monto de 81.996.627,19 pesos, efectuada por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; ello, en los términos de lo preceptuado en el art. 23 del Código Penal, los arts. 26 y 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el art. 518 C.P.P.N., y con el fin de asegurar la restitución de los bienes que resulten del beneficio del delito (fs. 1/15vta.).

La medida solicitada por la querrela fue rechazada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 4 (“TOF nº 4”) de esta ciudad –órgano judicial que intervenía en ese momento– con fundamento en que la redacción del art. 23 C.P. invocada por la Oficina Anticorrupción, así como los arts. 26 y 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley 26.097 –B.O. 9/6/2006–) son posteriores a la fecha de los hechos y, por lo tanto, su aplicación retroactiva vulneraría el principio de legalidad material. Asimismo, el tribunal consideró que el decomiso posee la naturaleza jurídica de una pena accesoria de la condena principal (fs. 40/43vta.).

Contra esa decisión, interpuso recurso de casación la querrela (fs. 60/73vta.).

Con fecha 18 de agosto de 2010, esta Sala IV –con una integración diversa a la actual– hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Oficina Anticorrupción, anuló el decisorio del TOF nº 4 y remitió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que emita un nuevo pronunciamiento conforme a los parámetros señalados por este tribunal (C.F.C.P., Sala IV, “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo s/ recurso de casación”, reg. nº 13.763, rta. el 18/8/2010).

En esa oportunidad, esta Cámara entendió que la base normativa que brinda sustento al recupero de las ganancias presuntamente obtenidas

ilegítimamente por las empresas que conformaban la UTE “IBM Banelco” se adecua al supuesto de restitución previsto por el art. 29 del C.P. Es decir que, en su calidad de objeto del delito, ante el eventual dictado de una condena, podría ordenarse la restitución de la ganancia indebida (fs. 119).

Asimismo, se consideró que *“...si los imputados resultaran condenados por el hecho investigado, el tribunal interviniente podría, en los términos de lo previsto por los arts. 29 –inc. 2º– del C.P. (texto anterior a la reforma de la ley 25.188) y 403 del C.P.P.N., oficiosamente, ordenar a las empresas integrantes de la U.T.E. que intervino en la contratación la restitución a la D.G.I. –o al tesoro de la nación– del importe correspondiente a las ganancias en exceso que, como objeto del delito (C.P., art. 174 –inc. 5º–, en función del art. 173 –inc. 7º–), aquéllas hubieran obtenido. Es preciso aclarar que no encuentro obstáculo alguno para la procedencia de tal restitución por la sola circunstancia de que la cosa obtenida haya sido un bien fungible (dinero).*

Contrariamente, no se podría ordenar el pago de indemnización civil alguna, en virtud de que se ha superado la etapa procesal prevista por el art. 93 del C.P.P.N., sin que nadie se hubiera siquiera constituido como actor civil” (fs. 120 y vta.).

En tal sentido, esta Sala indicó, en la resolución aludida, que el embargo de los bienes resulta la medida cautelar *prima facie* idónea para asegurar la oportuna restitución al Estado del importe dinerario que pudiera haber constituido un pago en exceso. Se aclaró asimismo que *“... su efectiva procedencia [el de la medida cautelar] quedará supeditada a la constatación de los requisitos inherentes a su propia naturaleza. Por un lado, la verosimilitud del derecho alegado. En relación a esta exigencia, es necesario determinar la concreta cuantía de la ganancia en exceso que habría percibido la U.T.E. de mención y con qué alcance debería responder cada una de sus empresas integrantes. Y, por otro lado, el peligro en la demora para la consecución del fin al que se encuentra ordenada la medida cautelar. Extremos que no fueron siquiera analizados por el ‘a quo’, en función de la posición asumida sobre la naturaleza jurídica y fundamento legal del recupero definitivo de las ganancias (C.P., art. 23), que sirvió de marco para su análisis del caso, siguiendo la invocación normativa efectuada por la parte Oficina Anticorrupción en la solicitud rechazada”*. (fs. 120vta.).

A partir de la resolución citada en último término, la parte querellante, con fecha 16 de diciembre de 2010 presentó el escrito que obra agregado a fs. 155/165 instando se disponga la medida cautelar oportunamente solicitada, requerimiento que el tribunal oral tuvo presente hasta tanto se resuelva su competencia para entender en la causa (fs. 166).

Pasado el tiempo sin que nada se resolviera en relación a la medida cautelar solicitada, mediante presentación de fecha 12 de febrero de 2014, la Oficina Anticorrupción reiteró la solicitud de imposición del embargo en cuestión.

El 29 de agosto de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 3 de esta ciudad –tribunal que interviene actualmente en los presentes obrados– dictó la resolución que viene aquí recurrida (fs. 392/393vta.), en la que dispuso que *“... en las condiciones descritas precedentemente, atento el estado de autos y toda vez que el organismo estatal lleva adelante acciones por el perjuicio que le habrían provocado las contrataciones referidas, ante el fuero contencioso administrativo federal, que por su especialidad resulta el ámbito adecuado para decidir respecto de las derivaciones patrimoniales de aquéllas, corresponde estar a lo que en definitiva allí se disponga”*.

Para así decidir, el *a quo* meritó que actualmente se encuentra en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 2, Secretaría nº 3, el expediente nº 22.399/2010 caratulado “Estado Nacional – AFIP – Resolución 52/09 y otras c/ IBM Argentina S.A. y otro s/ proceso de conocimiento”.

Valoró que de dichas actuaciones se desprende que la parte demandante (AFIP) persigue como objeto *“... a) La convalidación de la nulidad dispuesta en el art. 1º de la Resolución nº 52/09 (AFIP); b) La determinación de las sumas de dinero que las empresas demandadas –en tanto integrantes de la ‘UTE IBM BANELCO’– percibieron de la Ex DGI (...) descontados los ‘costos’ en los que las mismas incurrieron consecuencia [sic] de la ejecución de las Contrataciones Directas Nros. 79/94 y 91/95 instrumentadas en las órdenes de compra Nº 25.494/94 y 26.054/95 y cuyos actos de adjudicación resultaran anulados como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1º de la Resolución Nº 52/09 (AFIP). Ello conforme lo previsto por la Resolución Nº 413/10 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; c) la restitución (...) de las sumas determinadas y que genéricamente denominaremos ‘beneficio’ con*

más sus intereses, desde la fecha de su percepción hasta la de su efectivo pago” (fs. 393 y vta.).

III. Reseñado, en lo medular, el trámite del presente incidente, resulta esencial tomar en consideración que este Tribunal –con diversa integración a la actual– había considerado idóneo –por la decisión ya citada– el dictado del embargo preventivo en cuestión. A tal fin, remitió las actuaciones a la anterior instancia a fin de que proceda a determinar la satisfacción, en el caso, de los requisitos de procedencia de tal medida (C.F.C.P., Sala IV, “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo s/ recurso de casación”, reg. nº 13.763, rta. el 18/8/2010).

Al día de la fecha (a más de cuatro años del dictado de la aludida resolución), lo ordenado por este Tribunal –decisión que cuenta con firmeza al no haber sido recurrida– no fue cumplido por el *a quo*.

Sin perjuicio de tal señalamiento, corresponde analizar si el fallo dictado por esta Cámara ha perdido virtualidad a consecuencia de las acciones judiciales en trámite ante el fuero contencioso administrativo federal, en la medida en que en ellas se apoya el *a quo* para decidir como lo hizo en la resolución impugnada.

En este sentido, si bien se advierte que la demanda incoada por la AFIP ante el fuero contencioso administrativo federal encuentra un punto en común con la pretensión de la querrela en este incidente, pues el embargo aquí solicitado tiene por miras asegurar el éxito de una eventual restitución en caso de recaer condena, el expediente penal del que este incidente depende posee fines diversos a los del expediente contencioso administrativo: el primero, investigar y juzgar los presuntos delitos que constituyen su objeto, mientras que el segundo –en este caso–, convalidar la nulidad decretada por la AFIP respecto de ciertos actos de adjudicación realizados por la administración pública en beneficio de la UTE “IBM–Banelco” y la restitución de los beneficios mencionados con anterioridad.

El resultado del proceso contencioso administrativo, no condiciona el proceso penal. Máxime cuando el juez penal, en la sentencia condenatoria, tiene la potestad de ordenar “... *la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias*” (art. 29 inc. 1º C.P.).

Por ello, la potestad de los jueces de esta causa de ordenar la restitución de la ganancia indebida en caso de recaer condena por el delito imputado (administración infiel en perjuicio de la administración pública –arts. 174, inc. 5º, en función del art. 173, inc. 7º–), permanece incólume.

Por esa razón, ante la restitución que una eventual sentencia de condena pudiera ordenar en el marco de la presente causa, resulta necesario evitar la frustración de esa medida a través del dictado del embargo preventivo que este Tribunal ya había considerado idóneo en su resolución de fecha 18 de agosto de 2010, habiéndose delegado el análisis de los requisitos de procedencia en el *a quo* –tarea que al día de la fecha se encuentra incumplida–.

A lo aquí desarrollado, debe adunarse lo alegado por la querrela en el recurso de casación bajo estudio en cuenta a que “... *ni a través de la vía administrativa, ni por la instancia de la justicia en lo contencioso administrativo federal, la AFIP ha promovido o instado algún tipo de medida cautelar contra la mencionada firma*” (fs. 409).

Por las razones aquí esgrimidas, la resolución de fecha 18 de agosto de 2010 dictada por este Tribunal en el marco del presente incidente (C.F.C.P., Sala IV, “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo s/ recurso de casación”, reg. nº 13.763, rta. el 18/8/2010), no ha perdido virtualidad, lo que obliga al *a quo* a dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto por esta Sala en esa oportunidad.

IV. Por los motivos precedentemente expuestos, propicio al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la parte querellante –Oficina Anticorrupción– a fs. 397/418; REVOCAR la resolución recurrida obrante a fs. 392/394 y REMITIR las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dé inmediato cumplimiento a lo oportunamente resuelto por esta Cámara con fecha 18 de agosto de 2010 en el marco del presente incidente (cfr. reg. nº 13.763). Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal efectuada por el doctor Marcelo Nardi en representación de la firma IBM Argentina.–

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Comparto sustancialmente las consideraciones expuestas en el voto del colega que lidera el acuerdo.

La solución que allí se propone es la que mejor se adecua a la función reparatoria del decomiso -respecto del cual el embargo como medida cautelar viene a procurar garantizar-, respecto de los daños directos e indirectos ocasionados a la sociedad civil por el accionar delictivo.

Es que, resulta importante otorgarle a la eventual pena un sentido de restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos (cfr. mi voto en la causa Nro. 4787 de esta Sala IV, "Alsogaray, María Julia s/rec. de casación", Reg. Nro. 6674, rta. 09/06/2005).

Este sentido de "recupero" queda comprendido entre los fines establecidos en el Título IV del Capítulo I del C.P.-Reparación de Perjuicios-, y particularmente en el art. 29 en cuanto se propone la reposición de la situación al estado anterior a la comisión del delito.

Con estas breves consideraciones, adhiero a la solución que viene propuesta.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

Por compartir –en lo sustancial– los argumentos desarrollados por el colega que lidera el acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky, adhiero a la propuesta volcada en el Considerando IV de su ponencia.

Es mi sufragio.

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la parte querellante – Oficina Anticorrupción– a fs. 397/418; **REVOCAR** la resolución recurrida obrante a fs. 392/394 y **REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dé inmediato cumplimiento a lo oportunamente resuelto por esta Cámara con fecha 18 de agosto de 2010 en el marco del presente incidente (cfr. reg. nº 13.763). Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por el doctor Marcelo Nardi en representación de la firma IBM Argentina.–

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada nº 15/13, CSJN y LEX 100). Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**MARIANO HERNÁN BORINSKY - JUAN CARLOS GEMIGNANI - GUSTAVO M.
HORNOS**

