En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"MUNICIPALIDAD DE SARMIENTO c/ S., A. G. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 299/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Labora, Rural y de Minería de la localidad de Sarmiento (expte. nro. 90/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el Art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 275), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 249/253vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 249/253vta., por la que se hace lugar a la demanda interpuesta por la parte actora Municipalidad de Sarmiento contra la parte demandada A. S. S., por la que se condena a la demandada al pago de la suma de $81.123,90, con más sus intereses que serán liquidados en plazo de 10 días de quedar firma la sentencia. Impone las costas a la demandada y regula honorarios conforme a los

considerandos pertinentes con los alcances del primer punto.

Se notifica a fs. 254 y a fs. 255 obra el recurso de apelación contra la sentencia, interpuesto por la parte demandada.

El recurso se concede a fs. 256. A fs. 262 se tienen por constituidos domicilios y se remiten los autos a esta Alzada.

Los agravios se exponen a fs. 268/270. En el primer agravio impugna la condena impuesta por la suma de $81.123,90, afirmando que dicho monto no puede ser convalidado, porque bien surge de la pericia practicada en la causa penal, no debe perderse de vista que conforme lo destacara en los puntos 47 y ss. y ello no fue objeto de tratamiento, la Fiscalía argumentó que el importe era sustancialmente menor, $43.487,65. Que a su respecto al fundar el recurso extraordinario en la causa penal, sostuvo la falta de rigor investigativo de la experta al señalar como defraudada la suma de $81.123,90, cuando la Fiscalía sustentaba $43.487,65. Que se ha privilegiado un monto pese a la determinación de la propia Fiscalía y soslayando el tratamiento de la cuestión. Segundo agravio. La imposición de costas y adecuación de los honorarios. Entiende que como consecuencia del agravio precedente, deberá modificarse la imposición de las costas por resultar aplicable el Art. 72 del Código Procesal. Reserva el caso federal.

A fs. 272/272vta. contesta agravios la parte accionante. Afirma en principio que se incurre en la falta de crítica conforme con el Art. 268 C.Pr. Por otra parte, expone que al no poder la recurrente discutir la culpa y responsabilidad de la demandada, discrepa con el monto de la condena, pero no con los

hechos en que se funda, con la referencia de una simple remisión al dictamen fiscal en la causa penal, pero conforme con la sentencia, los hechos acreditados por el Ministerio Fiscal y que el Juez reconoce los subsume en la pericial contable de la Contadora C.. Peticiona en definitiva se declare desierto el recurso.

La postura inicial de la parte actora para que se declare desierto el recurso por cuanto no se demuestra un posible error en los hechos que fundan el pronunciamiento carece de asidero, si por los mismos hechos el Ministerio Público se expide en sede penal por un monto del delito distinto al sostenido por la accionante, cuando, asimismo, se funda la propia demanda por daños y perjuicios en las constancias de la causa criminal (fs. 1, Ap. 3).

Es evidente que ninguno de los señores Magistrados actuantes en la causa criminal "S., A. G. s/ Peculado en la modalidad de delito continuado", expte. N ° 04 f.54 año 2003 –por cuerda– al dictar sentencia a fs. 2081/2185 de la misma, se han expedido exactamente sobre el monto de la sustracción, conforme a la calificación del delito (Art. 61 C.P) al que allegaran por mayoría, cuestión incitada reiteradamente por la parte acusada y los recursos extraordinarios interpuestos, pero desestimada en tanto quedaba establecido que los fundamentos de la Cámara Criminal llevaban a la convicción del delito imputado en base a un concepto de certeza, un estado de conciencia del Juez y de sana crítica como método de interpretación de la prueba, capaz de generar dicho estado de certeza. Tal comprensión surge de la sentencia dictada por el Excmo. S.T.J., por la que entienden que el mérito del decisorio no se afectaba frente a la falta de

coincidencia respecto a los montos sustraídos en "algunas pocas de ellas" (voto del Ministro del S.T.J., Dr. Pfleger a fs. 2427vta. y fs. 2430, causal penal cit.).

Es evidente, por lo tanto, que los Sres. Magistrados del Fuero Penal no precisaron exactamente el monto del perjuicio, lo que es coincidente con lo señalado por la propia Contadora C., la que al referirse a los recibos Nos. 5601 al 6000, omitidos en su registración y verificación directa, la suma de $81.123,90 podía variar y preguntada si al no ver recibos de tal numeración el monto consignado pudiera ser menor, "la perito responde que efectivamente es una posibilidad de que sea así" (fs. 79, Sent. Cám. Criminal). Congruentemente el Dr. Montenovo reflexiona a fs. 97 de esta sentencia, que considerando las auditorias del Tribunal de Cuentas Provincial y el propio control interno del Municipio de los ingresos brutos, "semejante suma no debería haber pasado inadvertida durante tanto tiempo", cuando por otra parte no se produjo prueba de la evolución del patrimonio de la imputada", dando crédito a las expresiones de S. que existía una especie de "caja chica informal" (ver concords. de fs. 64vta., punto c. y fs. 76, últ. Párr. y fs. 76/78vta.) y la Dra. Pettinari, sin perjuicio de los fundamentos por los que en definitiva constituyen la mayoría que: "…no es posible, que desde el mes de junio de 1998 a septiembre de 1999, sobre un total de ochenta recibos y por un monto total de $83.613,97, ya consignado, este no haya ingresado al Municipio tal cual lo ha peritado la contadora C., con las salvedades ya expuestas…" (fs. 94/94vta.).

Por lo expuesto y toda vez que el pronunciamiento del Ministerio Público Fiscal de fs. 1874/1911vta., del juicio por cuerda caratulado "S., A. G. s/ peculado en la modalidad de delito continuado", N ° 04, f.54, año 2003, del Juzgado de Sarmiento, cumplimentado en su oportunidad por el Sr. Fiscal General Miguel Ángel Antoun y Funcionaria de Fiscalía Andrea Viviana Vázquez, constituyó fundamento de la sentencia penal, con alusión de la Cámara Criminal respecto a la debida comprobación de los hechos debe estarse a sus resultados; se agrega por el presente voto, porque determina los montos sustraídos que surge en cado caso del circunstanciado confronte de documentación, cuyas conclusiones carecen de fundada prueba en contrario, corresponde estar a tales comprobaciones.

No procede, en consecuencia, la lisa y llana sumatoria de los montos consignados en la pericia de la Dra. C. de fs. 360/360 o 361/361vta. de la causa criminal aludida a la que se atiene la parte actora, desde que no en todos los casos los montos correspondientes a los recibos mencionados por su orden a fs. 361/361vta. fueron sustraídos en su totalidad.

Se consignan, en consecuencia, por el orden asignado a cada hecho por el Ministerio Fiscal en el aludido dictamen de fs. 1874/1911vta., los casos donde resultan los montos diferenciales por los que se considera afectado el patrimonio municipal: 1) – fs. 1874vta. - del recibo N ° **** la suma de $1.176,74; n ° 7) – fs. 1875 - recibo N ° **** $700; n ° 9) – fs. 1875vta. - recibo N ° **** $1.169,20; n ° 14 – fs. 1876 - recibo N ° **** $1.164,68; n ° 25 – fs. 1878vta. – recibo N ° **** $600; n ° 33 – fs. 1878vta. – recibo

N ° **** $34,14; n ° 62 – fs. 1881vta. – recibo n ° **** $249; n ° 66 – recibo n ° **** $664,26; n ° 70 – fs. 1883 – recibo n ° **** $600,47 y n ° 74) – fs. 1883vta. – recibo n° 5644 $499,35.

Por los mismos recibos que figuran en el párrafo precedente, la pericia de la Dra. C. no estableció los montos menores que con recibos sustitutos se contabilizaban por la demandada, como abonados por los contribuyentes al erario municipal, por lo que la inclusión por la parte accionante de los totales que importan, $44.972,38, debe ser parcialmente rechazada y prospera en esta parte la sustracción por la suma de $6.897,84. Comporta un rechazo de la suma de $38.074,54 ($44.972,38 – $6.897,84 = $38.074,54), que se demandaban como sustraídos por la Sra. S. Todo sin perjuicio, de los restantes montos sustraídos consignados en el dictamen fiscal que suman al precedente.

En su conjunto, por los montos resultantes de los hechos no observados y el de los observados, la demanda prospera por la suma de $43.047,36 ($81.123,90 – $38.074,54 = $43.047,36).

Se hace lugar al primer agravio.

Segundo agravio: Sin perjuicio del resultado positivo del primer agravio, siendo la demanda consecuencia de un proceso criminal en que la parte demandada resulta condenada por el delito de peculado y donde se le imponen las costas, la variante de los montos indemnizatorios resultantes de tal condena no importan vencimiento parcial y mutuo que se sostiene, por ser la conducta delictiva la que da lugar al proceso indemnizatorio cuyos hechos resultan confirmados. En tal circunstancia, el progreso parcial

de la pretensión indemnizatoria no comporta el caso de vencimiento parcial y mutuo, como lo sostiene la oponente. Por lo expuesto, se confirma la imposición de las costas de la primera instancia y en esta Alzada, la fundamentación expuesta asimismo corresponden a la parte demandada (Art. 69 Ley XIII N ° 5 del Digesto Jurídico, Art. 69).

De conformidad con el Art. 282 Ley XIII N ° 5 del Digesto Jurídico y lo previsto en la Ley XIII N ° 4 del mismo, los arts. 5, 6, 8 y concords., la extensión de los antecedentes, complejidad de las cuestiones planteadas, su resultado y restantes alcances de la regulación de la sentencia de primera instancia, deben confirmarse por el juicio los honorarios porcentuales del Dr. F. M. y elevarse al 14% los conjuntos de los Dres. I. F. de las C. y A. F. A..

En la Alzada, por los fundamentos expuestos, se proponen en el 30% por cada representación de los honorarios que resulten respectivamente en la primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada A. G. S., fundado a fs. 268/270, contra la sentencia de fs. 249/253vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1) de la parte resolutiva de la sentencia aludida en cuanto al monto de condena, que se revoca y establece en la suma de $43.047,36, con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar la imposición de costas del

punto 2) de la parte resolutiva aludida y parcialmente la regulación de los honorarios, que se proponen de conformidad con el considerando respectivo.

4) Costas de la Alzada a la parte demandada, proponiendo los honorarios conforme el punto precedente.

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 268/270.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que mi colega preopinante que preside el sorteo formula en su introductorio una breve y ajustada síntesis del contenido de los agravios que a la demandada le causa la sentencia condenatoria de fs. 249/253vta., evitando de tal modo su mera reiteración, ya que al igual que aquel considero superada la admisibilidad formal del recurso interpuesto a fs. 255 y fundado a fs. 268/270, siendo contestados por su oponente a fs. 272/272vta.

Que si bien la denuncia por insuficiencia de los requisitos del Art. 268 del CPr./DJ, pueden, en principio y ante la reiteración de planteos formulados con anterioridad motivar alguna duda al respecto, por esa misma razón y en salvaguarda del derecho de defensa debe mantenerse abierta la instancia y verificar la procedencia de las quejas dentro de los límites jurisdiccionales que ella misma impone. Es que este tribunal viene declarando de modo concordante que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aún ante la precariedad de la crítica del fallo apelado. En otras

palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias de la norma invocada precedentemente según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho la mentada carga procesal (ver, v. gr., en la misma tesitura CN Civ., sala B, 2008/06/18, en JA 2008-IV, fascículo n.2, pág. 68).

No cabe duda en cuanto a que a los efectos de la configuración del delito imputado (Art. 261 CP) y por el cual se ha condenado a la demandada en sede criminal no se requiere el quantum cierto y preciso de lo sustraído de allí que pueda advertirse que la atención se haya centrado en la conducta delictual, analizando hecho por hecho a la luz de la prueba adquirida sin preocupación por la determinación fehaciente de una cifra final. Así, más allá de las diferencias que en general pueda provocar la suma estimada por la perito actuante lo verdaderamente destacable y destacado por alguno de los magistrados actuantes, fue la valiosa colaboración que brindó en el análisis pormenorizado de cada uno de los hechos probados al concordar tales datos en la tarea de confrontación con el resto de la prueba adquirida.

Tarea diferida al fuero y que llega a la alzada por no haberse encontrado aún una solución acorde con las pretensiones de las partes.

La cuestión que motiva los agravios en cuanto sus fundamentos decisorios se localiza a fs. 252/252vta., p. III del fallo. Allí tras indicarse que los ochenta hechos imputados han quedado debidamente probados, tanto en su monto como en su modalidad, tras cotejo y confrontación de la prueba que se señala.

Que una de las fuentes de la cual emana tal certeza es el dictamen pericial de la contadora C.

De la misma también surge que no ha podido acreditarse que tales pagos irregularmente documentados hayan sido asentados e ingresados en las arcas del ente municipal. Y tras otra serie de disquisiciones en cuanto al modus operandi, fija como monto definitivo del daño el consignado en la pericia (fs. 360vta. y 361vta.).

Ocurre que si bien es verdad que los valores establecidos en cada uno de esos recibos no fueron debidamente asentados en las planillas diarias de recaudación en el rubro tributario "ingresos brutos", menos aún ingresados al patrimonio del ente recaudador, sí se ha comprobado que fueron, en algunos casos, parcialmente dispuestos e ingresados de un modo distinto y que conformaba la modalidad operativa dispuesta por la imputada, ya sea para distraer la atención o por ingenuidad o tolerancia de sus superiores. Lo cierto es que parte de ese dinero no fue "sustraído" por la demandada aún cuando, al no ser extremo exigido por el tipo fue motivo de rigurosa demostración. Esto último se advierte en las distintas etapas del proceso. Se extremó el cuidado por verificar cada uno de los hechos, pero no tanto en establecer concretamente el monto total que conforma el daño cierto reclamado en este fuero.

Veamos. Tanto en la resolución del 16/11/2000 a través de la cual se decreta el procesamiento de la demandada (fs. 1344/1347) como en la requisitoria fiscal de fs. 1874/1911vta., se analiza cada uno de los hechos configurantes del tipo penal que se imputa a la demandada y para ello se valen del cúmulo probatorio adquirido en ese momento procesal entre los que se encuentra la pericial de fs. 358/361.

No puede afirmarse de ningún modo que en

ellos se fija el monto del daño causado tal como se determina en la experticia. Tan solo refieren tangencialmente a su resultado, pero se pone especial empeño en la demostración por concordancia probatoria de cada uno de los hechos verificados. Así, de tomarnos la molestia de cotejar la suma de unos y la suma estimada en el dictamen pericial no habrá coincidencia.

Tampoco ha sido tarea asumida por quienes han volcado sus opiniones en la sentencia penal que sirve de base a la presente acción. Sino que tal estimación sirve como mera referencia a los fines de precisar que el daño es cierto aún en la imprecisión del resultado final. Tanto al Dr. Pintos como a la Dra. Pettinari les preocupa que durante tanto tiempo se hayan estado realizando tales irregularidades ante la ineficacia o inexistencia de controles preventivos y al referir a tales circunstancias se grafica el presunto daño genérico en la suma estimada por la perito actuante.

De lo expuesto, el error que se le atribuye al a quo al tomar como referente tal suma cuando de haberse detenido a analizar las razones que tuvo nuestro Máximo Tribunal local cuando a fs. 1430 se lee en el 2° Párr. del voto del Dr. Pfleger que: ”En el caso, vuelvo a insistir, se han detectado en forma segura las conductas irregulares que determinaron la decisión del Tribunal de Mérito, sin que pueda representar una negación del todo el contexto probatorio de cargo, detalles consistentes en la falta de coincidencia respecto a los montos sustraídos en algunas pocas de ellas”, lo podría haber advertido de la complejidad del tema y la necesidad de contrastar tales datos.

De tal modo, cuando en la Audiencia de Debate de la causa penal, la defensa de la imputada llama la atención sobre la falta de coincidencia entre la suma del daño estimada por la Querellante y la Fiscalía, en principio, no le faltaba razón. Pero tal circunstancia no le reportaba, en aquella oportunidad beneficio alguno ante la comprobación fehaciente de los extremos exigidos para la configuración del delito imputado. Pero ahora, sí adquieren valor aquellas alegaciones y obligar a revisar tales datos.

La verificación progresiva del modus operandi le permitió verificar a los integrantes del voto mayoritario condenatorio en sede penal apreciar las discordancias con las planillas anexas al dictamen de fs. 360/361vta.

Y es que allí se limitó a encolumnar las sumas dadas en pago por los contribuyentes y los recibos que obraban en su poder y que se fueron incorporando a la causa. Pero no consta lo que figura como pagado en la planilla diaria del ente recaudador y justificado con la copia de un recibo sustituto, pero por una cifra menor. Tal el caso del contribuyente K., que conforme el dictamen el 17/06/98 exhibe en la causa en recibo de pago n ° 5701 por la suma de $15.606,87, pero la requisitoria fiscal a fs. 1874vta. se da cuenta que tal pago se encuentra registrado en las planillas de ingreso por una suma inferior, esto es $14.430,13 conforme se asentó en el recibo que lleva el n ° 4154, lo que permite sostener que la suma sustraída en este primer caso analizado no es el tomado en consideración por la perito en su estimación sino muy inferior y resulta de la diferencia entre lo pagado y lo asentado e ingresado, esto es $1.176,74.

Recorriendo uno a uno los distintos hechos de conformidad a los datos recogidos en el auto de procesamiento y en la requisitoria fiscal, su acogimiento por la sentencia penal que incide en lo principal en la impugnada por efectos del Art. 1102 CCiv., y lo dicho por el S.T.J.Ch , en su fallo desestimatorio del recurso interpuesto contra aquella, dan razón a la opinión expuesta que no es más que la adhesión a lo propuesto por mi colegan preopinante.

Así, y tras afrontar tal revisión llego al mismo resultado que el obtenido en el voto precedente, de allí lo innecesario de su reiteración.

Si, como ya se adelantara, la tarea de fijación definitiva del monto del perjuicio a favor de la demandada para nada significó un triunfo parcial en la contienda, el principio de derrota se mantiene inalterable, de allí que la condena en costas resulte procedente en ambas instancias y al haberse modificado una de las pautas a considerar en la regulación de honorarios torne operativo el Art. 282 CPr./DJ y resulte necesario la adecuación de los mismos en la instancia anterior, lo que incidirá en la presente, tarea que se difiere al momento del acuerdo y en la que se valorarán conjuntamente las pautas que resulten aplicables al caso conforme la L. XIII-N ° 4 y modif. Por Ley XIII-N ° 15).

Se deberá tener presente la reserva del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del C.P.C.C.Ch (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada A. G. S., fundado a fs. 268/270, contra la sentencia de fs. 249/253vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1) de la parte resolutiva de la sentencia aludida en cuanto al monto de condena, que se revoca y establece en la suma de CUARENTA Y TRES MIL CUARENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($43.047,36), con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar la imposición de costas del punto 2) de la parte resolutiva aludida y parcialmente la regulación de los honorarios, los que se confirman para Dr. F. M. en el DIECISIETE POR CIENTO (17%) y se elevan al CATORCE POR CIENTO (14%) los conjuntos de los Dres. I. F. D. L. C. y A. F. A..

4) Costas de la Alzada a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. F. M. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y del Dr. I. F. D. l. C. en el TREINTA POR CIENTO (30%), en cada caso de los honorarios que resulten respectivamente a cada parte en la primera instancia.

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 268/270.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 11 DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C y C"