

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Sala I, C/N° 43.712 “Consolidar AFJP y otros s/archivo”

Juzgado N° 11 - Secretaría N°22

Expediente N° 14.855/08

Reg. N° 768

////////////////////////nos Aires, 13 de agosto de 2010.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Llegan las actuaciones a consideración de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal Gerardo R. Di Masi, contra la decisión del titular del Juzgado N°11 del fuero, Dr. Claudio Bonadío, de archivar el sumario en los términos del art. 195 CPPN.

II. Tal como ha sido señalado por el Ministerio Público Fiscal al momento de formular el requerimiento de instrucción de fs. 25/6, la presente investigación se dirige a determinar si las personas que eran responsables de las ex AFJP Arauca Bit, Consolidar, Profesión Auge, Futura, Previsol, Maxima, Met, Nación, Origenes y Unidos, contando con la participación de los funcionarios que en su momento dirigían la Superintendencia de AFJP (en adelante SAFPJ), al tomar conocimiento de los trascendidos que daban cuenta de que el Estado Nacional anunciaría de manera inminente la eliminación del sistema privado de jubilaciones y la reestatización de las facultades de administración previsional, realizaron a modo de “vaciamiento” operaciones financieras en perjuicio de los intereses de sus afiliados y del erario público, proceder éste pasible de configurar el delito de administración fraudulenta agravada por haber sido cometida en perjuicio de la Administración Pública (art. 173, inc. 7° y art. 174, inc. 5° del CP).

El Sr. Fiscal, receptando la esencia de la noticia criminal transmitida inicialmente por el Dr. Guillermo F. Marijuán como titular de la UFISeS, indicó puntualmente que “(...) *la administración infiel de los bienes confiados se habría concretado mediante la realización de ‘operaciones*

USO OFICIAL

financieras en claro detrimento de los intereses de sus afiliados, dilapidando los fondos en clara violación a las disposiciones legales vigentes’, derivadas de operaciones de ‘ventas de activos en la Bolsa de Valores y Mercado de Capitales, provocando una importante y considerable caída de los precios debido a una inmensa e innecesaria oferta de títulos’. Tales operaciones explicarían la mitad del volumen volcado a la compra de divisa estadounidense, la cual alcanzó, el día previo, un total de ciento cuarenta millones de dólares: ello habría redundado en que el Banco Central, a fin de mantener estable el precio de la moneda, resignara ciento veinticinco millones de dólares”.

III. Considerando que la crítica recursiva se dirige, como se verá más adelante, a poner de manifiesto la existencia de medidas útiles pendientes de producción que impedirían el cierre de la encuesta, corresponde hacer mención al cuadro probatorio sobre el que se asienta la resolución criticada.

En ese sentido, es preciso destacar que ante el tenor de la denuncia formulada por el Dr. Guillermo Marijuán, el instructor dispuso el día 21 de octubre de 2008 una medida cautelar de no innovar dirigida a resguardar los fondos pertenecientes a las distintas administradoras, con el objetivo de que no se modificase la composición de la cartera de inversiones que cada una de ellas tenía al momento de ser notificadas.

Paralelamente, ordenó el registro de las sedes de las AFJP procurando el secuestro de documentación que estuviera vinculada principalmente con operaciones de traspaso o disposición de los fondos administrados, ya sea que éstos estuviesen radicados en el país como en el exterior, y encomendó a la SAFJP que efectuara un control sobre las inversiones realizadas por las administradoras, fiscalización que se prolongó hasta el día 22 de mayo de 2009.

Otra de las medidas adoptadas por el *a quo* fue la realización de un análisis sobre la eficacia del sistema de contralor utilizado por la SAFJP para evaluar la actividad que desarrollaban las distintas AFJP, estudio que fue encomendado al Cuerpo de Peritos Contadores de la Justicia Nacional.

Finalmente, el magistrado recabó información a través de distintos organismos como el Mercado de Valores, la Bolsa de Comercio, el

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

Mercado Abierto Electrónico y el BCRA, con la intención de dilucidar los movimientos financieros, bancarios y cambiarios que las administradoras habían realizado en el período comprendido entre el 10 y el 23 de octubre de 2008.

IV. Al resolver el archivo de las actuaciones, el Juez de la instancia anterior indicó que las medidas de prueba reseñadas en el apartado anterior no habían permitido detectar en el período previo o posterior a la sanción de la ley 26.425 (B.O. 09/12/08), que dispuso el traspaso de los fondos de las administradoras privadas al denominado “Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino”, irregularidades vinculadas con el desvío de fondos por parte de los responsables de las AFJP, ya sea en perjuicio de los intereses de los sujetos administrados o bien del patrimonio público.

Hizo foco principalmente en la opinión positiva que habían transmitido los especialistas del Cuerpo de Peritos Contadores de la Justicia Nacional con respecto a la eficacia del sistema de control que utilizaba el organismo que ejercía la superintendencia de las administradoras, y mencionó, también de manera diferenciada, los distintos informes semanales que había elaborado la SAFJP en cumplimiento de la tarea de fiscalización que se le había encomendado sobre la actividad de estas últimas, remarcando que a través de ella no había podido detectarse la existencia de operaciones de carácter ilícito que hubiesen sido realizadas por quienes en aquel entonces representaban los intereses de las AFJP (fs. 203/4, 217/8, 608/11, 697, 734/7, 770/1).

V. Con la interposición del recurso de apelación, el Ministerio Público Fiscal intenta demostrar el carácter prematuro del cierre de estos actuados, en la creencia de que la actividad investigativa desarrollada hasta el momento resulta insuficiente para comprobar si las operaciones que constituyen el objeto de la encuesta ocurrieron o no, y en caso afirmativo si obedecieron a un mero comportamiento de especulación económica o respondieron a un accionar de carácter delictivo.

Desde esa postura crítica, el apelante insiste en la necesidad de realizar las medidas de prueba que sugirió durante el proceso, relacionadas de manera puntual con las operaciones que las AFJP efectuaron el día 20 de octubre de 2008, relativas a la negociación de bonos y acciones, como también a la

compra de dólares.

En suma, las expectativas del acusador público, frustradas por el archivo del sumario, se sustentan no sólo en la producción de un peritaje que permita dilucidar si las inversiones realizadas por los responsables de las administradoras en la fecha indicada resultaron razonables, sino también en la opinión que podrían brindar en testimonial los especialistas del BCRA en punto a las consecuencias que habría acarreado la mentada actividad especulativa en el funcionamiento del mercado de valores (ver fs. 871/2 y 881).

VI. A través del escrito obrante a fs. 969/71, la Dra. Roxana Alicia del Carmen Bravo, actuando en representación de los responsables de la ex AFJP Consolidar SA, mejoró en esta instancia los fundamentos del pronunciamiento impugnado, solicitando su homologación.

VII. Advierte este Tribunal, en consonancia con la opinión volcada en el recurso por el Ministerio Público Fiscal, que la plataforma probatoria del legajo ha sido conformada y evaluada por el instructor desde una óptica general, cuando la hipótesis delictiva que configura la razón de ser de la presente encuesta se concentra en una serie de operaciones puntuales, concretas, que habrían sido llevadas a cabo por los responsables de las ex AFJP el día 20 de octubre de 2008, y que se vincularon con la abrupta colocación en el mercado de activos de las administradoras y la canalización del producto de tal negociación en la compra de dólares en plaza cambiaria, actividad que habría provocado la caída de la cotización de los bonos, la baja de la bolsa y un alza del valor de la referida moneda extranjera, variables que produjeron un impacto negativo en los fondos provisionales y en las finanzas públicas (cfr. apartado II de este resolutorio).

Es en este contexto donde el camino sugerido por el impugnante encuentra sentido de utilidad.

Si lo que se pretende es evaluar los objetivos que escondió la mentada intervención de las AFJP en el mercado, y determinar, especialmente sobre la base de criterios de razonabilidad, la relevancia jurídica de tal accionar a la luz de sus aparentes consecuencias perjudiciales, lo cierto es que no sólo debe reunirse y sistematizarse la información relativa a las negociaciones realizadas por las sociedades administradoras en el período investigado, sino que además es

Poder Judicial de la Nación

2010 - Año del Bicentenario

necesario desentrañar si el sospechado comportamiento especulativo resultó coherente con la tendencia de inversión evidenciada por las distintas AFJP hasta ese entonces, resultando de utilidad con respecto a este tópico la comparación sugerida por el Fiscal en relación con los indicadores correspondientes a períodos anteriores. Ello, con independencia de las consideraciones volcadas por la SAFJP en el marco de la tarea de fiscalización que le fue asignada por el juez instructor.

En virtud de la tecnicidad de la materia evaluada, la realización de un peritaje que se proponga dilucidar los interrogantes descriptos se erige inexorablemente como condición necesaria para considerar agotada la investigación, resultando pertinentes para lograr ese objetivo los puntos de pericia sugeridos por la fiscalía en el requerimiento de fs. 637. Y lo mismo puede decirse de la prueba testimonial propuesta por el acusador público, en tanto la opinión de especialistas en la materia (en este caso funcionarios del BCRA) ayudará medir en términos de racionalidad el plan de inversión que encararon las ex AFJP en la fecha indicada, su implicancia en el comportamiento que evidenció el mercado y su compatibilidad con la normativa establecida por la ley 24.241 (Ley de Control de Inversiones).

En suma, la instrucción deberá avanzar en el sentido indicado, teniendo como horizonte el perfeccionamiento de la base informativa del legajo y la efectivización de las medidas de prueba señaladas, lo que permitirá concretizar la tarea de investigación que hasta el momento ha desarrollado el Magistrado de grado de manera general.

Por último, tal como lo señaló el Sr. Fiscal Gerardo R. Di Masi al interponer el remedio aquí tratado, la certificación del avance de la investigación que se encuentra radicada en el Juzgado N°12 del fuero, Secretaría N°23 (expediente N°7943/08), podría resultar de utilidad para el progreso de esta encuesta, teniendo en cuenta la delimitación fáctica que efectuó el Sr. Fiscal Guillermo Marijuán al formular el requerimiento de instrucción que motorizó aquel proceso (ver fs. 715/20).

Ello, sin olvidar que los distintos actos infieles acaecidos en el contexto de una misma administración deben ser considerados jurisdiccionalmente como constitutivos de un mismo hecho, y no de manera

independiente, supuesto vedado por la garantía constitucional de *ne bis in idem* (CSJN, precedente “*Pompas*” –Fallos 325:3255—, y en similar sentido, de esta Sala, causa n° 41.756 “*Elizondo*”, reg. n° 1165, del 03/10/2008; “*Fiorito*”, reg. N° 673, del 13/07/10; y de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa “*Alderete*”, reg. n° 190.06.3, del 21/03/2006), razón por la cual deberá el *a quo* cotejar ambos procesos desde la mentada perspectiva y realizar una amplia certificación del resto de los sumarios en los que se investiguen actos ilícitos vinculados con el manejo de los fondos provisionales por parte de los responsables de las ex AFJP (ver escrito de fs. 954/60), a fin de evitar el desdoblamiento fáctico.

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

REVOCAR la resolución puesta en crisis en todo cuanto resuelve y fue materia de apelación, debiendo el Juez de grado proceder del modo indicado en el apartado VII de los considerandos.

Regístrese, hágase saber al Sr. Fiscal de Cámara y devuélvase al Juzgado de origen a fin de que se efectúen las notificaciones restantes.

Dr. Eduardo R. Freiler

Eduardo G. Farah

Ante mi: Sebastián Casanello

Secretario de Cámara