

LEGAJO DE APELACIÓN EN CAUSA “FONTANINI, DANIEL; ELABU GLOBAL S.A.; ALVAREZ, EMILIA MERCEDES; ROMERO, FACUNDO IRENEO Y OTROS S/ ART. 310 DEL CÓDIGO PENAL. J.N.P.E. N° 2 SECRETARÍA N° 3. CPE 617/2016/11/CA2. SALA “B”. ORDEN N° 28.729.

///nos Aires, de marzo de 2019.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 100/103 vta. por la defensa de Daniel Oscar FONTANINI, de Facundo Ireneo ROMERO, de Patricia Hilda ROMERO, de Emilia Mercedes ÁLVAREZ, de ELABU S.A., de ELABU GLOBAL S.A., de CON SOL S.A. y de CON SOL VENTURES S.A., contra la resolución de fs. 86/98, por la cual el señor juez a cargo del juzgado “a quo” dictó el auto de procesamiento de los nombrados y mandó a trabar un embargo sobre los bienes y el dinero de aquéllos.

Los memoriales de fs. 115/122 vta. y 139/147 por los cuales la defensa de Daniel Oscar FONTANINI, de Facundo Ireneo ROMERO, de Patricia Hilda ROMERO, de Emilia Mercedes ÁLVAREZ, de ELABU S.A., de ELABU GLOBAL S.A., de CON SOL S.A. y de CON SOL VENTURES S.A. informó en los términos previstos por el art. 454 del C.P.P.N.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que, en la causa principal se investiga “...la presunta captación de ahorros del público en el mercado de valores a través del ofrecimiento para invertir en un emprendimiento inmobiliario y hotelero llamado FLOREAL DEL SOL, sin contar con la autorización de la Comisión Nacional de Valores, mediante la utilización de medios masivos de comunicación para su difusión. A su vez, aquel emprendimiento se estructuró bajo la figura contractual de fideicomiso...”.

2°) Que, por el art. 310 del Código Penal incorporado por la ley N° 26.733 (B.O. 28/12/2011 -artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012) se establece, en cuanto interesa a la presente, que será sancionado con prisión de uno a cuatro años y multa de dos a ocho veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta



seis años, a “...quien captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente. El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, Internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva...”.

3º) Que, por ninguno de los argumentos invocados por la defensa se controvierte la valoración probatoria efectuada por el pronunciamiento recurrido, mediante el cual se estableció un grado de certeza suficiente -para este momento del proceso-, con respecto a la materialidad de los hechos investigados y a la responsabilidad de Daniel Oscar FONTANINI, de Facundo Ireneo ROMERO, de Patricia Hilda ROMERO, de Emilia Mercedes ÁLVAREZ, de ELABU S.A., de ELABU GLOBAL S.A, de CON SOL S.A. y de CON SOL VENTURES S.A. en los hechos “*prima facie*” ilícitos que se atribuyeron a aquéllos.

4º) Que, “...el tipo penal castiga la captación no autorizada de ahorros del público en el mercado de capitales y la intermediación no autorizada para la adquisición de valores negociables...” (confr. Nicolás GUZMÁN, “*Delitos en el Mercado Financiero*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 239).

5º) Que, por las constancias de la causa surge que el 14 de febrero de 2010 se habría celebrado un contrato de fideicomiso denominado FIDEICOMISO FLOREAL DEL SOL, entre DORO FLORIDA S.A. (como fiduciante inmobiliario) y ELABU S.A. (en su carácter de fiduciaria) con la finalidad de llevar a cabo el desarrollo de un emprendimiento inmobiliario, en un predio ubicado en la localidad de Escobar, provincia de Buenos Aires. DORO FLORIDA S.A. se comprometió a aportar el dominio fiduciario de dicho inmueble y ciertos aportes dinerarios obteniendo como prestación la adjudicación de ciertas unidades. Además, se estableció, entre las obligaciones de ELABU S.A. que llevaría adelante la gestión, el desarrollo integral y la



construcción de los edificios con el asesoramiento de la desarrolladora, CON SOL S.A. El emprendimiento obtendría financiamiento a través de fiduciantes adherentes, tratándose de aquellas personas físicas y/o jurídicas que, por medio de la suscripción de contratos, adhirieran al proyecto.

ELABU S.A., representada por Daniel FONTANINI, suscribió el 30 de marzo de 2011 un contrato de gerenciamiento con MANTRA EXPRESS S.A. para que esta última explote comercialmente el hotel “*MANTRA HOTEL & SPA ESCOBAR*” en el mismo predio.

CON SOL VENTURES S.A., perteneciente al grupo CON SOL S.A. habría efectuado la difusión del emprendimiento en varios medios masivos de comunicación (sitio web oficial, Zonaprop, Google Adwords, Revista Día 32, Country Abril, Diario Escobar, El Diario, folletería, etc.).

De la prueba reunida en los autos principales surge que entre el 30 de enero de 2013 y el 23 de mayo de 2016 se habrían suscripto más de doscientos contratos de adhesión entre ahorristas y FIDEICOMISO FLOREAL DEL SOL o ELABU S.A. como apoderada de esta última, representadas por Daniel Oscar FONTANINI y Emilia Mercedes ÁLVAREZ, respectivamente. Aquellos contratos tenían por objeto la adquisición por parte de los fiduciantes adherentes de una unidad de negocio plasmada en módulos de inversión denominados “*suite*” o “*cochera*” en el hotel “*MANTRA HOTEL & SPA ESCOBAR*” que el fideicomiso FLOREAL DEL SOL construiría en el inmueble y de la posterior administración del mismo, la cual sería explotada por una sociedad que designaría ELABU S.A., a cambio de una renta periódica (trimestral) que variaría entre el 6 y el 8 % sobre los importes de la compra, rentabilidad que sería asegurada por el grupo CON SOL S.A. Los adherentes no sólo habrían efectuado aportes dinerarios sino también habrían cedido la titularidad de bienes muebles o inmuebles como parte de la inversión, lo cual permite inferir, en el estado actual de la investigación, que se efectivizó la captación de ahorros requerida por la norma penal en estudio.

Estos contratos de adhesión integrarían la noción de valores negociables en los términos del art. 2 de la ley 26.831, cuya oferta pública no contó con la autorización de la Comisión Nacional de Valores, pues por el informe confeccionado por aquélla, FIDEICOMISO FLOREAL DEL SOL, CONSTRUCTORA CON SOL S.A., INDUSTRIAS CON SOL S.A. y CON SOL VENTURE S.A. no se encontraban autorizados para actuar como agente



fiduciario ni a realizar una oferta pública, por lo tanto, no cumplieron con los requisitos legales establecidos por el art. 47 de la ley N° 26.831.

6°) Que, por la valoración de los elementos de prueba a los cuales se hizo referencia por el considerando anterior, se permite concluir que la estimación efectuada por la resolución recurrida por la cual se concluyó que se habrían captado ahorros del público en general, mediante la suscripción de los contratos de adhesión a los cuales se hizo referencia y la acreditación efectiva de los aportes de diversos inversionistas, careciendo de la autorización correspondiente, y mediante la utilización de medios masivos de comunicación para lograrlo, en los términos establecidos por el segundo párrafo del art. 310 del Código Penal, con el agravante previsto por el último párrafo del mismo, resulta ajustada a derecho y a las constancias agregadas actualmente a la causa principal.

7°) Que, el agravio invocado por la defensa de los imputados con relación a que habrían actuado guiados por el asesoramiento de numerosos profesionales especialistas en el sector de que se trata, tampoco puede prosperar pues no se indicó, más allá de aquella genérica indicación, en qué habrían consistido los supuestos consejos.

Por lo que, al menos por el momento, aquel agravio no puede tener una recepción favorable, sin perjuicio de las medidas de prueba que pudieran disponerse a fin de evacuar aquella cita de descargo.

8°) Que, con relación al agravio de la defensa de los imputados vinculado a que los fiduciantes adherentes no habrían recibido títulos o valores negociables pues las sociedades involucradas no emitieron aquéllos, tampoco puede prosperar, pues “...La norma penal sí atrapa...a la simple captación de ahorros en el mercado de valores. En efecto, los verbos típicos del delito son intermediar y/o captar ahorros en dicho mercado, con lo cual el ámbito de punibilidad de este delito es más amplio que el de la intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros, tipificada en el párr. 1° del art. 310 del Cód. Penal. En efecto, a diferencia de este último, en el tipo penal ... caen también aquellos supuestos de mera captación de recursos, sin que para la configuración típica sea necesario que se produzca además la adquisición de



valores negociables (que es el otro extremo de la operación)...” (confr. Nicolás GUZMÁN, obra citada precedentemente, pág. 246).

9º) Que, el agravio de la defensa de los imputados relacionado con que se estaría aplicando retroactivamente el artículo 310 del C.P. toda vez que aquél fue sancionado con posterioridad a la suscripción del contrato del fideicomiso (12 de abril de 2010) no puede tener recepción favorable, pues la consumación presunta de los hechos investigados en la causa, esto es la captación de ahorros no autorizada, con la utilización de medios masivos de comunicación para ello, habría sido efectivizada mediante la suscripción de los contratos de adhesión por los ahorristas entre el 30 de enero de 2013 y el 23 de mayo de 2016, es decir con posterioridad a la fecha de la sanción de la ley 26.733 que incorporó el art. 310 del Código Penal (B.O. 28/12/2011 -artículo 309 reenumerado como artículo 310 por art. 4º del decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012).

10º) Que, asimismo, sin perjuicio de la necesidad eventual de producir alguna prueba, y por los resultados que aquélla pudiera traer aparejada en el futuro, no puede soslayarse la conclusión expresada por los considerandos anteriores -que se basa en las constancias que actualmente se encuentran incorporadas al legajo-, ni se impide adoptar el temperamento que se establece por el art. 306 del ordenamiento adjetivo, pues por aquel ordenamiento se prevé el carácter provisorio, revocable y reformable, aun de oficio, del auto de procesamiento (art. 311 del C.P.P.N.), precisamente para que el juez pueda meritar aquellas circunstancias futuras en el supuesto en que se produjesen (confr. Regs. Nos. 311/01,126/04 y 599/13, entre muchos otros, de esta Sala “B”).

En este sentido, este Tribunal ha expresado que para el dictado del auto de procesamiento se requieren elementos de prueba por los cuales, al menos, se permita comprobar la existencia de un estado de probabilidad con respecto a la comisión del delito investigado y a la participación culpable de los indagados por aquel hecho (confr. Regs. Nos. 553/99, 1125/04 y 599/13, de esta Sala “B”).



11°) Que, con relación al monto del embargo dispuesto por la resolución impugnada respecto de Daniel Oscar FONTANINI, Facundo Ireneo ROMERO, Patricia Hilda ROMERO, Emilia Mercedes ÁLVAREZ, ELABU S.A., ELABU GLOBAL S.A, CON SOL S.A. y CON SOL VENTURES S.A., por el recurso interpuesto no se argumentó la improcedencia de la medida cautelar ni el desajuste de aquélla de acuerdo con las eventuales y diversas obligaciones previstas por el art. 518 primer párrafo del C.P.P.N. y el art. 310 del Código Penal.

En efecto, por el art. 310, del Código Penal, se establece: “...Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, **multa de dos a ocho veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis años...**” y toda vez que en el presente sumario se habría detectado “*prima facie*” que, entre el 30 de enero de 2013 y el 23 de mayo de 2016 se habrían suscripto al menos 203 contratos de inversión por un total de u\$s 1.080.943 y \$ 75.717.396, de los cuales se desembolsaron efectivamente al momento de la firma de aquéllos u\$s 560.406 y \$ 37.667.604, mientras que otros fiduciantes adherentes habrían entregado bienes de su titularidad como aporte para la adhesión a aquel emprendimiento (inmuebles, vehículos, etc.), se advierte que en el caso el monto de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000) del embargo dispuesto sobre los bienes de cada uno de los recurrentes, resulta razonable.

12°) Que, por lo demás, lo invocado por la defensa de los recurrentes en el sentido que se habría impuesto “*doblemente*” a Daniel Oscar FONTANINI, Emilia Mercedes ÁLVAREZ, Facundo Ireneo ROMERO, Patricia Hilda ROMERO, ELABU S.A., ELABU GLOBAL S.A., CON SOL S.A. y CON SOL VENTURES S.A. un embargo por la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), en tanto se habría dictado por un lado, las medidas cautelares dispuestas con anterioridad al dictado del auto de procesamiento y luego el embargo dictado por los puntos II, IV, VI, VIII, X, XII y XVI de la resolución que se examina, no puede tener recepción favorable pues aquella circunstancia no se condice con las constancias obrantes en los respectivos mandamientos de embargo formados con relación a cada uno de los nombrados.

En efecto, por las constancias obrantes en los incidentes de embargo que se formaron con posterioridad al dictado del auto de



Poder Judicial de la Nación

procesamiento, se advierte que los recurrentes fueron intimados al pago de la suma mencionada, y luego de la manifestación de aquéllos sobre la carencia de bienes para afrontar aquel monto, el señor juez a cargo del juzgado de la instancia anterior dispuso: “*En atención al acta que antecede, téngase presente y estése a las medidas cautelares oportunamente dispuestas en el marco del expediente principal*” (confr. Incidente de embargo de Daniel FONTANINI CPE 617/2016/3, Incidente de embargo de Emilia Mercedes ÁLVAREZ CPE 617/2016/4, Incidente de embargo de Facundo Ireneo ROMERO CPE 617/2016/5, Incidente de embargo de Patricia Hilda ROMERO CPE 617/2016/6, como así también en el Incidente de embargo de ELABU S.A. CPE 617/2016/7, Incidente de embargo de ELABU GLOBAL S.A. CPE 617/2016/8, Incidente de embargo de CON SOL S.A. 617/2016/9 e Incidente de embargo de CON SOL VENTURES S.A. 617/2016/10).

Por ello, **SE RESUELVE:**

I. CONFIRMAR la resolución recurrida.

II. CON COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y devuélvase.

