

## *Poder Judicial de la Nación*

*Causa N° 41.198, “Cavallo, Domingo  
F. y otros s/ sobreseimiento”  
Juzgado N° 5, Secretaría N° 10.*

**Reg. N° 1105**

///nos Aires, 23 de septiembre de 2008.-

### **VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**I.-** Por medio del recurso de apelación de fs. 457/61 –*mantenido a fs. 502vta.*- el Sr. Fiscal pretende que se revierta el decisorio de fs. 443/455 a través del cual el Dr. Oyarbide dispuso sobreseer a Carlos Saúl Menem, Domingo Felipe Cavallo, Saúl Bouer, María Fernández Márquez Miranda, Horacio D´Albora, Luis Herminio Villamil y Carlos Alfredo Grosso en orden al hecho por el que fueron perseguidos y, cuando corresponda, que se dicte pronunciamiento en los términos del art. 306 C.P.P.N. Los defensores de Horacio D´Albora y de Felipe Cavallo se presentaron a fs. 525/26 y 527/35 respectivamente en los términos del art. 454 C.P.P.N..

Por su parte, si bien los representantes de Villamil dijeron adherirse al recurso Fiscal en función del art. 439 C.P.P.N. y luego informaron por escrito (*vid. fs. 516/19 y fs. 521/24 respectivamente*), corresponde señalar que ambas presentaciones serán admitidas en tanto mejoras de fundamentos del auto apelado (*art. 454 C.P.P.N.*) mas no según el *nomen iuris* que se les asignó, pues con independencia del asunto atinente a la posibilidad de adherir al recurso de la contraparte, lo cierto es que la defensa no pretende la reversión de un decisorio que le ocasiona un gravamen irreparable (*art. 449 C.P.P.N.*) sino que persigue el objetivo contrario, consistente en que se sostenga en la instancia la desvinculación definitiva de su defendido.

Por último, el defensor técnico de Saúl Bouer articuló, más allá de la elección de la vía del art. 454 C.P.P.N., un nuevo planteo de prescripción de la acción penal que, según su argumento, debió preceder al decisorio cuestionado en tanto presupuesto material de la acusación y, por lo tanto, sin perjuicio de la consideración del “*a quo*” relativa a la pérdida de sustancia del planteo anterior de acuerdo con la solución de fondo

que le dio al caso, insiste en que se declare la extinción de la acción penal seguida contra el nombrado (*art. 59, inc. 3, C.P.*), cuya situación, por lo demás, independiza de la de los demás imputados.

Atendiendo a que el escrito se traduce en un nuevo pedido relativo a un asunto que, conforme la exposición, por ser de orden público corresponde estudiar aun con antelación a la revisión del sobreseimiento de Bouer excitada por el recurso fiscal; que tal evaluación requiere, de acuerdo con los argumentos de la defensa, el estudio de elementos que el “*a quo*” debe recabar; y que, en definitiva, cabe preservar la instancia de las partes en relación con la cuestión introducida, corresponde suspender el decreto de fs. 549 en lo que respecta al examen del recurso fiscal dirigido contra el decisorio de fs. 443/155 en cuanto dispuso el sobreseimiento de Saúl Bouer y ordenar que se forme incidente en la instancia anterior para dar trámite al nuevo planteo mencionado.

**II.-** La razón central sobre la cual el Dr. Oyarbide sustentó el sobreseimiento objetado por la acusación pública, tanto respecto de los imputados que fueron indagados (*Carlos Saúl Menem, Domingo Felipe Cavallo, Carlos Alfredo Grosso y María Fernanda Marquez Miranda*) como de aquellos que si bien fueron señalados por el Ministerio Público Fiscal como intervinientes en el suceso descrito, no habían sido convocados, junto con los demás, a la audiencia del art. 294 C.P.P.N., radicó en que el hecho denunciado, más allá de ciertas irregularidades imputables a administraciones anteriores que la del gobierno que conformaron los funcionarios perseguidos, no se había traducido en infracción normativa alguna y que, en consecuencia, resultaba atípico (*sin perjuicio de que la solución procesal se fijó en el inciso 2° del art. 336, C.P.P.N.*).

a) De acuerdo con los testimonios de la causa N° 21.666/96, “Conte, Jorge Alberto y otros” del Juzgado de Instrucción N° 14, Secretaría N° 143, que dio origen a las presentes actuaciones –*en especial, los atinentes a la denuncia realizada por el Defensor Adjunto del Pueblo, Antonio Brailovsky, al informe presentado por una asesora de este último, María Teresa Mancini, y el requerimiento de instrucción realizado en aquella sede por el Dr. Campagnoli (cfr. fs. 3/69 y el anexo N° 1 reservado)*- la presentación de fs. 71 que formuló el Dr. Osorio en los términos del art. 188 C.P.P.N., así como las restantes presentaciones del Ministerio Público Fiscal y la documentación reservada –*especialmente el expediente de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires N° 119.590/90, “Nuevo Retiro S.A. sob. Compra de predio sobre el cual se asienta el C.A.M. N° 71, ub. en Madero N° 51”*- constituyó materia de investigación en autos la venta del predio ubicado entre la calle Dr. José María Ramos Mejía 1415/1431; las vías del Ferrocarril General Belgrano; San Martín y Gilardo Gilardi 1349 y 1375 (*manzana 67 A, sección 3, circunscripción 20*), parte de la Plaza “Salvador María del Carril” –*zonificado como distrito “Urbanización*

## *Poder Judicial de la Nación*

*Parque” por el Código de Planeamiento Urbano-* y sobre el que se encontraba asentado el centro de abastecimiento municipal N° 71, sin la previa desafectación del bien del dominio público requerida para que resulte enajenable, por medio de una contratación directa con la sociedad “Nuevo Retiro S.A.”, la cual habría reunido los permisionarios de la feria franca internada en el inmueble, por la suma de U\$S 400.000 (*cuatrocientos mil dólares*).

El procedimiento que habría concluido con la escritura traslativa de dominio de un inmueble inajenable en las circunstancias descriptas, habría comenzado con el decreto municipal N° 4962/90 del 4 de octubre de 1990 suscripto por el ex Intendente de la Ciudad de Buenos Aires, Carlos Alfredo Grosso, en función del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1757/90 *–de reforma del Estado y emergencia económica-* por medio del cual se ordenó, en términos generales, regularizar la situación de los inmuebles asientos de centros de abastecimiento municipal, cedidos con permiso de uso precario y, eventualmente, reglamentar las condiciones de su venta a los permisionarios que se interesasen en la compra, siempre y cuando se agruparan en alguno de los tipos societarios de la ley de sociedades comerciales. Mientras, el 10 de octubre de 1990 se constituía por escritura pública la sociedad anónima “Nuevo Retiro S.A.” y se formaba, además, el expediente municipal N° 119.590/90, en cuyo marco se gestionó, ante el Estado Nacional, la compraventa del inmueble que nos ocupa.

Así, el 20 de marzo de 1991, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 449/91 mediante el cual aprobó el decreto municipal mencionado y, en su artículo 3° dispuso la venta, dentro del régimen del acto administrativo municipal, de los “...bienes inmuebles de propiedad del Estado Nacional en los que funcionan los Centros de Abastecimiento Municipales (C.A.M.) y Mercados Comunitarios enumerados en el Anexo III del presente decreto, autorizándose al Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires a suscribir la documentación necesaria a tales fines...”. En el anexo mencionado se incluyó el C.A.M. N° 71, ubicado en Av. Madero 51 entre Maipú y San Martín, el cual “...no registra plancheta catastral...” (*cfr. documentación reservada, aportada a fs. 203 por la Secretaría Legal y Técnica de la Nación*).

Sobre la base de este decreto, una vez gestionada la venta del terreno por parte del ex Intendente Carlos Grosso ante el Estado Nacional y elevado el expediente Municipal a la Administración de Inmuebles Fiscales, quien firmó como el Arquitecto Osvaldo Daniel Berra, a quien se le habría encomendado realizar una inspección del inmueble y determinar su valor, informó las características físicas del terreno y del mercado municipal instalado e hizo saber que, en cuanto a la zonificación municipal, correspondía a distritos Urbanización Parque (UP) y por ello, destinada a espacios verdes o parqueizados de uso público en los cuales la Municipalidad podía autorizar sólo obras de exclusiva utilidad

pública que complementaran y no alteraran el carácter de aquéllos. Concluyó que, sobre la base de la ausencia de antecedentes de terrenos similares en la zona no fue posible establecer su valor de venta, “...estimándose que el mismo está muy condicionado a la ubicación y restricciones de uso que impone el Código de Planeamiento Urbano...” (*cfr. fs. 37 del expte. Municipal citado*).

Sin embargo, a fs. 39 del mismo expediente, el Banco Hipotecario Nacional presentaba, el 23 de enero de 1992, una tasación del inmueble sobre la base del decreto N° 407/91 en el cual se detallaba que el valor venal era de \$ 450.000 y el de base probable, \$ 400.000, el cual, de acuerdo con lo que se hizo constar en las observaciones, habría sido determinado en función de considerar al lugar como terreno baldío, aunque aclaró que allí funcionaba el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71, que se habrían realizado mejoras por \$ 180.000 y que correspondía a una zonificación “distrito UP”.

Pese a ello, poco tiempo después, la Dra. María Marquez Miranda, Directora Dominial Registral de la Administración de Inmuebles Fiscales se dirigía a la Municipalidad de la Ciudad “...a los efectos de que procedan a la venta directa a favor de la sociedad denominada ‘Nuevo Retiro S.A.’, el predio sobre el cual se asienta el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71, ubicado en la calle Madero 51 de esta Capital Federal, en un todo de acuerdo con el decreto Municipal N° 4962/90 (art. 7), haciéndoles llegar la propuesta correspondiente a fin de dar cumplimiento con lo dispuesto en la citada norma y el decreto del PEN N° 2137/91...”.

El 16 de julio de 1992, Carlos Grosso dictaba el decreto Municipal N° 1643/92, mediante el cual, sobre la base de los antecedentes citados y con el fin de poder dar curso formalmente a la propuesta de compra realizada por “Nuevo Retiro S.A.”, dispuso proceder a la venta a “Nuevo Retiro S.A.” del inmueble en cuestión, donde funciona el CAM N° 71, según la conformidad prestada por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, según el decreto Nacional N° 2137/PEN/91 y su similar 449/PEN/91 y el Decreto Municipal N° 4962/90.

Así, el 25 de agosto de 1992, Carlos Alfredo Grosso, como Intendente de la Ciudad de Buenos Aires, en representación de “la vendedora”, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Nacional N° 449-PEN-91 y “Nuevo Retiro S.A.”, representada por Luis Herminio Villamil y por Santiago Villarroya Gracia (*Presidente y vicepresidente respectivamente*) suscribían el boleto de compraventa sobre el predio, respecto del cual se indicó que se denominaba “Centro de Abastecimiento Municipal N° 71”, por la suma de U\$S 400.000, de acuerdo con la valuación practicada por el Banco Hipotecario Nacional, pagaderos, U\$S 120.000, a la firma de dicho boleto, y el saldo de U\$S 280.000 con la escritura traslativa de dominio. Se establecía la obligación de que los permisionarios que

## *Poder Judicial de la Nación*

integraran la sociedad compradora no podían adeudar suma alguna a la Municipalidad en concepto de canon de abasto.

El 12 de noviembre de 1992 se expedía la escritura N° 255 del registro de la Escribanía General del Gobierno por medio de la cual se protocolizaban los documentos, antecedentes legales y gráficos “...que hacen al dominio del inmueble de propiedad del Estado Nacional...designado como Manzana A de la Sección 3 de la Circunscripción 20...(de acuerdo con el plano N° 002-C-92)...” y se dejaba constancia de que: “...lo deslindado es del dominio eminente del Estado Nacional Argentino, conforme a las prescripciones del artículo 2342 y concordantes del Código Civil...” Asimismo, se asentó que por ser de dominio eminente no se encuentra aún matriculado en el Registro de la Propiedad Inmueble, a cuyo fin se expedirá el primer testimonio de dicha escritura y que en esa ocasión no corresponde abonar impuesto de sellos por tratarse de una protocolización del inmueble que continúa siendo de propiedad del Estado Nacional Argentino.

El mismo día y ante el mismo notario, se otorgaba la escritura traslativa de dominio N° 256, entre el intendente Saúl Bouer, en nombre y representación del Estado Nacional Argentino -de acuerdo con lo dispuesto por el decreto PEN 449/91-, y Luis Herminio Villamil, como Presidente de “Nuevo Retiro S.A.”, mediante la cual en orden al primer decreto mencionado, anexo III, así como el Municipal N° 4962/00 se disponía la venta de ese inmueble por U\$S 400.000, según las condiciones pactadas en el boleto de compraventa al que nos hemos referido. Se hizo constar nuevamente que el bien correspondía al Estado Nacional Argentino por dominio eminente, según lo establecido por el art. 2342 del CC y que no constaba registración alguna porque simultáneamente se había otorgado escritura de protocolización.

De acuerdo con la descripción previa y la hipótesis delictiva investigada, se habría vendido en las circunstancias reseñadas anteriormente, sin previa desafectación, un bien de dominio público por la suma de U\$S 400.000.

**b)** Para dar sustancia a su argumento principal, el juez esbozó consideraciones de diversos órdenes.

Las primeras de ellas radicarón en que, sobre la base de diversos actos que confluieron en la instalación de una feria franca en la plaza “Salvador María del Carril”, se operó una desafectación tácita del inmueble del dominio público y de ese modo, pasó a formar parte del dominio privado del Estado y, en consecuencia, objeto lícito de comercio. En esta dirección, señaló que en el año 1967 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la internación de ferias francas en el lugar, mientras que en el año 1977 se realizó la edificación del mercado *—cuyos puestos, en consecuencia, dejaron de ser rotativos—*.

De ese modo, el inmueble habría dejado de estar afectado al uso o utilidad común (*elemento central denominado “teleológico” –referente al fin a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público- entre los otros tres elementos que conforman la llamada “dominialidad”*: el subjetivo –relativo al sujeto o titular del derecho sobre los bienes dominicales-; el objetivo –relacionado con los objetos susceptibles de integrar el dominio público-; y el normativo o legal –en cuyo mérito se determina cuándo la cosa o bien que reúna los demás caracteres ha de ser tenido como dominial –cfr. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires, Tomo V, p. 55).

De acuerdo con dichos actos, no era necesaria, según el juez, una desafectación formal a través de una ley; el régimen jurídico aplicable había mudado tácitamente y, en consecuencia, el inmueble no estaba ya sujeto a las restricciones absolutas al dominio que caracteriza a los bienes enumerados por el art. 2340, inc. 7 del CC. Mediante la cita de un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación el Dr. Oyarbide sostuvo que la desafectación no requiere necesariamente el dictado de una ley formal; puede realizarse mediante un simple acto administrativo, siempre que exprese la inequívoca voluntad de liberar al bien del vínculo de inajenabilidad que lo liga al Estado.

Las segundas estuvieron dirigidas tanto a reforzar la aserción anterior, como a incursionar en el aspecto subjetivo del accionar, en forma subsidiaria al argumento relativo a la atipicidad objetiva de la hipótesis de investigación.

En este sentido, el juez sostuvo que al momento de realizarse la venta, el bien no registraba titularidad dominial; y que tampoco de los antecedentes de la transacción mencionada plasmados en el expediente de la MCBA N° 119.590/90, se desprendería registro alguno vinculado con el destino del bien como plaza pública. Si bien el “*a quo*” reconoció que de allí surgía únicamente la zonificación del predio como “Distrito Urbanización Parque” –*en virtud de lo cual no era posible determinar el valor de venta en la zona-*, no intentó explicar dicha circunstancia en función de la tasación que poco tiempo después habría realizado en Banco Hipotecario Nacional, ni tampoco la inserción del bien en el Código de Planeamiento Urbano bajo dicha zonificación y su significado.

Cerró estas cavilaciones con la conclusión consistente en que, toda vez que en el lugar se encontraba erigida una edificación, que el inmueble no se encontraba inscripto a nombre de nadie y que de sus antecedentes no se desprendería su destino como plaza, se explicaba –*en concordancia con la justificación brindada por el escribano Natalio Pedro Etchegaray a fs. 437/38-* el hecho de que se hubiese inscripto a nombre del Estado Nacional y vendido como un bien de dominio privado.

## *Poder Judicial de la Nación*

Las últimas se refirieron a que del trámite administrativo de venta no se desprendía irregularidad alguna puesto que, según afirma el “*a quo*”, se habrían llevado a cabo todos los pasos legales. Por lo demás, estimó que ningún elemento informa acerca de la posibilidad de que la venta, en las condiciones mencionadas, hubiese ocasionado un perjuicio al erario público.

En suma, el juez aprehendió el objeto del proceso según la perspectiva expuesta de este modo: “...En conclusión...considero que los ilícitos que *prima facie* fueron denunciados y por los cuales se les recibió declaración indagatoria a los causantes, no existieron. Ello no significa que algunas desprolijidades administrativas y cuestiones que hacen a decisiones políticas no judiciales, hayan ocasionado hace aproximadamente cuarenta años, que en una zona donde el Código de Planeamiento Urbano califica como “Urbanización Parque”, se haya destinado parte del predio que ocupaba una plaza, a la instalación de una feria ambulante que luego se transformó en un mercado y que aún hoy persiste, no siendo precisamente una construcción que se destaca en la zona por su arquitectura. Responsabilizar penalmente por estos hechos a quienes tantos años después vendieron ese predio –*que ya no era una plaza*- y no había registro dominial de que lo haya sido al momento de efectuarse la transacción, resulta absolutamente injusto y desacertado...”.

c) El recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal persiguió punzar la tesis central de la resolución consistente en que, más allá de la irregularidad consistente en la instalación del mercado –*no atribuible siquiera a quienes resultan perseguidos*-, tales actos provocaron la desafectación tácita del bien del dominio público, régimen sobre el cual, por lo demás, no existía antecedente alguno en el expediente de venta.

Para romper dicha presentación de los hechos, el acusador público resalta, primero, el lugar en que se encuentra ubicada la parcela N° 67 correspondiente a la plaza “Salvador María del Carril” –*luego subdividida por cuestiones administrativas en dos fracciones, sin que tal deslinde hubiese correspondido con uno de régimen jurídico aplicable a cada una de ellas*-, es decir, en las calles San Martín, Martínez Zuviría, Av. Madero y Maipú de esta ciudad, entre las Plazas Fuerza Aérea Argentina y Canadá.

En segundo lugar, sin perjuicio de la existencia física del mercado en el lugar –*con la construcción que dataría del año 1977*-, detalló los antecedentes históricos de la afectación del predio al uso público, atendiendo a su destino como plaza, así como a las normas que se refirieron a la instalación de centros de abastecimiento municipal en el lugar y que aludieron tanto a bienes de dominio público como de dominio privado (*Ordenanza Municipal N° 1434 del año 1924, decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 959/67 y Ordenanza N° 22.323 del 7 de abril de 1967*).

En tercer lugar y más allá de la existencia del mercado, en el expediente municipal de venta *–del cual, según el juzgador, no se desprende antecedente alguno relativo al carácter “dominial” del bien–* cuando se le encomendó al arquitecto Osvaldo Berra la realización de una inspección en el lugar y la determinación del precio, el nombrado hizo saber que el predio se encontraba zonificado como distrito “Urbanización Parque”, destinado por ello a espacios verdes o parquizados de uso público, “...pudiendo la Municipalidad autorizar obras de exclusiva utilidad pública que complementen y no alteren el carácter de los mismos...” y que no era posible valorar el bien, por estar muy condicionado a la ubicación y restricciones de uso que impone el Código de Planeamiento Urbano y debido, en consecuencia, a la falta de antecedentes de terrenos similares en la zona.

Indicó que este informe se plasmó en el expediente de venta Municipal N° 119.590/90, en cuyo marco, a la luz de una propuesta de compra por parte de la sociedad constituida unos días después del dictado del decreto Municipal N° 4962/91, la Municipalidad hacía saber que el bien era de propiedad del Estado Nacional. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional dictaba el decreto N° 449/91 por medio del cual disponía la venta, dentro del régimen de aquel decreto municipal, de los bienes propiedad del Estado en los que funcionan los CAM, así como del decreto N° 2137/91 de emergencia económica. En virtud de ello, “Nuevo Retiro S.A.” formulaba una nueva propuesta de compra, ante lo cual la Municipalidad de Buenos Aires elaboraba un informe en el que recalca: “...se lograría el objetivo fijado por el Poder Ejecutivo Nacional de privatizar los CAM con el menor costo posible...”.

El Sr. Fiscal destaca que, una vez comenzado de ese modo el trámite de venta directa del inmueble y pese a la expresa referencia del arquitecto Berra en el informe citado, se agrega luego la tasación del Banco Hipotecario Nacional, en función de la cual pudo concretarse la venta directa del predio por la suma de U\$S 400.000 (cuatrocientos mil dólares).

El Dr. Di Masi subrayó que, de acuerdo con lo expuesto, el Estado dispuso, por medio de una venta directa fuera de los mecanismos legales, de un bien de dominio público *–aun cuando en el informe señalado se destacaba que correspondía a un distrito urbanización parque, destinado a espacios verdes o parquizados–*, en las condiciones señaladas y de esa forma ocasionó un perjuicio para el erario público. Criticó la concepción del magistrado acerca de la llamada “desafectación tácita” pues ella se produce cuando la cesación del carácter público de un bien obedece a un hecho exterior de la naturaleza o a una transformación de su estado externo, por obras realizadas por la autoridad competente, mas no cuando se llevan a cabo “actos irregulares que supongan hacer caso omiso de la

## *Poder Judicial de la Nación*

legislación de fondo, como ocurre con las enajenaciones directas decididas sin previa desafectación ordenada por el órgano del Estado correspondiente (en el caso de bienes de dominio público del Estado, una ley especial) o con la admisión de actos de los particulares que avancen sobre el dominio público estatal (caso del allanamiento del Estado en los juicios de prescripción veinteñal o treintañal)...” -CCiv Com. Bahía Blanca, rta. el 22/5/81, RepED, 16-374, según la cita del Sr. Fiscal de fs. 460-.

Agregó, en lo relativo al argumento relativo al aspecto subjetivo de la conducta cuestionada, que el descargo de los imputados en esa dirección se traduce en un intento de mejorar sus respectivas situaciones procesales, pues de la lectura de las presentaciones correspondientes se advierte el pleno conocimiento que tenían acerca del carácter “dominial” del predio vendido, pese a lo cual, con sus respectivas anuencias, continuó el trámite de enajenación bajo la excusa *–admitida también por el auto cuestionado–* de que los desaciertos y desprolijidades cometidos hace cuarenta años no se pueden reprochar a los nombrados, quienes no habrían ocasionado perjuicio alguno para el Estado. La Fiscalía sostiene, por el contrario, que se ha expropiado a la sociedad de un predio de uso común y que la existencia del mercado no habilitaba a los imputados a realizar la enajenación directa del bien, fuera de los mecanismos legales previstos para dicho acto, sobre la base de una valuación que subsiguio a un informe relativo a la imposibilidad de tasación.

Concluyó que la prueba reunida, permite sostener la probabilidad positiva del acontecimiento investigado así como de la responsabilidad de los imputados, por lo cual solicitó que se revocara la decisión apelada y, en su caso, se emitiera pronunciamiento en los términos del art. 306 C.P.P.N.

*d)* A continuación, sintetizaremos por último las defensas que presentaron los imputados *–al prestar declaración indagatoria (quienes fueron convocados) como, cuando corresponda, en la ocasión prevista por el art. 454 C.P.P.N.–*, es decir, el caso de cada uno frente a la imputación.

*- Domingo Felipe Cavallo*, con la representación de los Dres. Eduardo R. Oderigo y Rafael O’Gorman, presentó como parte integrante de su declaración de fs. 381 el escrito de fs. 379/80, ocasión en la que explicó que el Decreto N° 449/91, que firmó para refrendar la firma del ex Presidente de la Nación *–único acto en el que habría intervenido y en virtud del cual se lo ha involucrado en las actuaciones–*, se dictó a solicitud del ex Intendente Municipal y en ejercicio de las atribuciones del Presidente de la Nación como jefe inmediato y local de la Capital Federal *–art. 86, inc. 3, C.N., anterior a la reforma del año 1994–*. Toda vez que el bien era del Estado Nacional, el Intendente solicitó la

autorización para venderlo –*como consecuencia de lo cual fueron Grosso y Bouer quienes firmaron, según el caso, el boleto de compraventa y la escritura traslativa de dominio*–.

Por ello, fue la Municipalidad quien proyectó el texto del instrumento el cual pasó, además, por todas las áreas administrativas del Ministerio a su cargo –*Dirección de Asuntos Jurídicos y Administración General de Bienes Fiscales*– y fue firmado por el Presidente, previo tránsito obligado por la Secretaría Legal y Técnica. Ninguna de todas estas instancias burocráticas realizó observación alguna, ni tampoco surgieron datos que traslucieran el carácter de bien de dominio público asignado por la Fiscalía. Explicó, en este sentido, que no se dispuso su desafectación por haber estado incluido en el Anexo III del decreto.

Desde otra óptica, el ex Ministro de Economía puso en duda que el predio fuese efectivamente de dominio público, pues del expediente de venta N° 119. 590/90 que diera origen al decreto en cuestión, no se desprende constancia de la afectación denunciada; surge, en cambio, el funcionamiento de una feria municipal dentro de una construcción de mampostería. Desde entonces, se trataba de un edificio destinado a mercado, con puestos y *límites al acceso público*, como cualquier local destinado al comercio. Por ello, entiende que no es razonable insistir en que se ha vendido un bien de dominio público –*cuando ni siquiera tampoco se ha podido demostrar, tras años de investigación, la afectación inicial, según se desprende del pedido del Dr. Osorio de fs. 323*–.

Cuando se presentó en la oportunidad prevista por el art. 454 a fs. 529/35, la parte se concentró en su argumento relativo a la desafectación tácita del inmueble, que había sido recibido favorablemente por el juez. Sostuvo que el Dr. Di Masi prescindió del decreto y de las ordenanzas municipales de 1967 que conllevaron dicho efecto jurídico. Adujo que de acuerdo con la documentación catastral, la plaza se limita a la parcela 67 “B”, mientras que la “A” fue destinada por la ordenanza N° 22.323/67 para un uso compatible con el dominio privado –*actividad comercial, a través de la internación de la feria franca N° 71*–. A ello se debe que dicha fracción de terreno no se encuentre, dentro del marco del decreto N° 449/01, entre los inmuebles desafectados del dominio público municipal.

Enfatizó, en consecuencia, el hecho de que nunca se vendió una plaza, lo cual tampoco se desprende del informe del arquitecto Berra al que se refirió el acusador. Indicó que tampoco es exacto que no se pudiese tasar el bien atendiendo a que, después de todo, lo hizo el Banco Hipotecario Nacional.

- **Carlos Saul Menem**, defendido por el Dr. Pedro Baldi, presentó su caso en el escrito de fs. 391/97 en ocasión de prestar declaración indagatoria (*cf. acta de fs. 398*).

Adujo que no se cuenta en autos con los elementos normativos básicos para llevar adelante la acción pretendida –*según el reconocimiento del Sr. Fiscal al realizar la*

## *Poder Judicial de la Nación*

*solicitud de fs. 323-*, es decir, aquellos que demuestren que el predio estaba incorporado al dominio público. Por otro lado, el bien carecía de título dominial, mientras que las actuaciones nacionales o municipales correspondientes no daban cuenta de la existencia de una plaza en el lugar.

Por otro lado, señaló que el decreto N° 449/01 se dictó en un ámbito de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo y se trata, en consecuencia, de un acto político no justiciable, respecto de los cuales resultan irrevisables las razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Asimismo, todas las figuras penales que podrían barajarse en función de los hechos investigados (estelionato, abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público, etc.) son dolosas. Sin embargo, argumenta la defensa, el quehacer doloso podría intuirse únicamente en caso de quebrantamiento de los procedimientos legales o habituales, o de acreditarse una influencia indebida dentro del proceso de gestación de los documentos, lo cual no ha ocurrido en el *sub-lite*, donde se han guardado todas las formalidades legales que concluyeron con el dictado del decreto. En esta dirección, el ex presidente no tenía razón alguna para dudar acerca de los decretos que firmaba, mientras que el análisis de sus antecedentes se encontraba delegado en órganos específicos.

En cuanto al decreto N° 449/01, intervinieron tanto organismos del Gobierno de la Ciudad como el Poder Ejecutivo Nacional, el Ministerio de Economía y los órganos jurídicos específicos, de lo cual se desprende que se habían adoptado los recaudos necesarios para dejar indemne al Estado Nacional de cualquier reclamo. En consecuencia, no resiste análisis alguno la imputación relativa a la violación de deberes de funcionario público o al abuso de autoridad.

Por último, presentó una defensa similar a la del ex Ministro de Economía, en el sentido de que en el lugar no funcionaba una plaza desde el año 1967. Por otro lado, adujo que todas las gestiones realizadas para concretar la adquisición, la circunstancia de que la enajenación se efectuó a valores de plaza y las innumerables pruebas colectadas, alejan la posibilidad de sostener que existió un accionar doloso.

- **María Fernanda Marquez Miranda**, representada por el Dr. Jorge Paolini, defensor oficial *ad hoc* prestó declaración indagatoria a fs. 435/36, acto que se integró con el escrito de fs. 423/24, ocasión en la cual la nombrada expresó, por un lado, que si bien su imputación radicó en haber intervenido en la venta del predio como Directora Dominial Registral de la Administración de Inmuebles Fiscales del Ministerio de Economía y Obras Públicas, la “Comisión 407”, que estaba a cargo de Matías Lucas Ordoñez se encargaba de la venta de inmuebles innecesarios. En cuanto a este asunto existe asimismo un dictamen de

la Procuración del Tesoro mediante el cual hace saber que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 407 no era opcional para el Ministerio de Economía, sino de cumplimiento obligatorio.

En esa dirección, ella se limitó a dar cumplimiento a la orden del Poder Ejecutivo Nacional, sin que existiera elemento alguno que permitiera dudar de la legitimidad del decreto N° 449/01, el cual estuvo precedido por otro del Municipio ratificado a su vez por el gobierno nacional. En consecuencia, la elevación del expediente Municipal a la Subsecretaría de Producción, Kismer de Olmos, se debe a lo dispuesto en dichos decretos y a que en el inmueble se encontraba instalado el CAM N° 71 (*y no una plaza*). Indicó, en este último sentido, que lo que caracteriza al dominio público es la posibilidad de aprovechamiento y goce directo de los bienes por parte del pueblo.

Destacó el hecho de que, durante el trámite de la presente causa, no ha podido probarse que el terreno fuese un bien de dominio público y que resulta desacertado sostener que la desafectación pueda tener lugar sólo mediante una ley *–pues puede operarse también por actos administrativos o hechos de la administración y, asimismo, en forma tácita–*. Concluyó, en esta dirección, que la acción en su contra se sostiene sólo sobre la base de un error conceptual *–consistente en que la desafectación del bien requiera de una ley–* y en un error fáctico *–una plaza no es un centro de abastecimiento–*.

Por ello, tampoco existió perjuicio alguno para la sociedad (*la plaza no existía, sino que el predio se encontraba ocupado por feriantes desde el año 1967*) y, por lo demás, en el marco de la reforma del Estado se dispuso la venta de inmuebles innecesarios para generar más ingresos para el erario público; en este contexto, la venta del inmueble constituye una decisión política no justiciable que no perjudicó al Estado.

- **Carlos Grosso**, representado por los Dres. Roberto Vald y Andrés Pérsico sostuvo su caso, al presentar declaración indagatoria a fs. 441/442, en el testimonio de fs. 437/387 del Escribano General del Gobierno, Natalio Etchegaray, para quien, según la presentación del imputado, el predio en cuestión era de propiedad del gobierno nacional.

- **Luis Herminio Villamil**, con la representación de Mario Alberto Codega y de Virginia Villamil, se presentó a fs. 514/15 y 521/24 con los alcances que han sido circunscriptos con antelación.

Por un lado solicitó, de modo contradictorio, que se anule el recurso de apelación al que en un primer momento dijo adherir, por entender que la pretensión punitiva del Ministerio Público Fiscal respecto de su defendido resultaba incompleta, atendiendo a que se había omitido presentar la significación normativa del hecho atribuido lo cual menoscababa el derecho de defensa de su parte.

## *Poder Judicial de la Nación*

Por el otro, indicó que, si bien de acuerdo con la imputación de la Fiscalía, Luis Villamil habría participado en la venta ilegal del predio, lo cierto es que habría actuado como comprador a título oneroso y de buena fe pues los únicos instrumentos que tuvo a la vista en relación con el inmueble fueron la escritura de protocolización y la traslativa de dominio, de las cuales se desprende que lo deslindado es del dominio eminente del Estado Nacional Argentino -art. 2342 y cctes. del C.C.-, y por ello, del dominio privado del Estado. El comprador se limitó a integrar el precio estipulado para la compra-venta una vez recibida la propuesta de venta, sin que le fuera exigible verificar si el predio podía ser objeto del contrato a celebrar.

Por lo demás, agregó que desde el año 1977 existe en el lugar un mercado, sin que exista antecedente alguno vinculado con la instalación de una plaza.

En cuanto a la primera articulación, cabe destacar que será rechazada *in limine* por resultar, a todas luces, improcedente y por ello dilatoria, pues no se desprende del art. 449 y cctes. la obligación de que el escrito que persigue la revisión de una decisión de mérito deba contener la norma que, a juicio del Ministerio Público Fiscal, subsuma la conducta de quienes resultan perseguidos. Tampoco la ausencia denunciada menoscaba el derecho de defensa del justiciable pues, en términos generales, la imputación ha sido establecida de antemano y aquello que se revisa es precisamente el mérito que, al respecto, realizó el *a quo*; en el caso específico de Villamil, el Ministerio Público Fiscal ni siquiera pretende que se tamicé provisoriamente su pretensión punitiva; simplemente persigue que no se concluya en forma prematura la posibilidad del ejercicio de la acción a su respecto pues, como hemos visto, el nombrado no ha sido convocado a prestar declaración indagatoria.

Los demás argumentos, conforme lo adelantado, serán tenidos en cuenta a la hora de decidir si corresponde mantener o revocar el sobreseimiento de Luis Herminio Villamil.

Por último a fs. 525/26, **Horacio D'Albora**, con la representación de Nicolás D'Albora, se presentó en los términos del art. 454 C.P.P.N. con el fin de hacer hincapié en el hecho de que él no intervino en ninguno de los actos jurídicos cuestionados –*decreto municipal N° 4962/90 y del PEN N° 449/01, por medio del cual se dispuso la venta-*, sino que actuó, conforme sus obligaciones como escribano general del gobierno, una vez que la venta había sido decidida por los organismos públicos habilitados.

Interpreta que dicha diferencia con los otros imputados fue la razón que condujo al Juez a dejarlo al margen de la convocatoria a prestar declaración indagatoria y que la inclusión de su situación en el pronunciamiento apelado obedeció a que fue tangencialmente nombrado por el Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista por

el art. 180 C.P.P.N. Por ello, entiende que la mención de su nombre en el recurso de apelación, dentro del contexto de una pretensión genérica consistente en el procesamiento de los imputados, responde a un error material.

**III.-** Si bien la controversia aparenta haber sido trabada en términos normativos, veremos luego que el recurso a tecnicismos ha perfilado una conclusión jurisdiccional lejana a los hechos y es precisamente este extrañamiento el núcleo de las objeciones acusadoras. Por ello es preciso, con antelación a embarcarnos en el análisis de los casos contrapuestos, sintetizar los elementos de prueba recolectados, bajo cuya luz el Ministerio Público Fiscal persigue que se procese a los imputados que han sido intimados y la defensa, reforzar la conclusión acerca de la licitud de las conductas cuestionadas.

a) Según la presentación de los hechos realizada en el acápite II, a), fue el Defensor del Pueblo Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires quien puso en conocimiento del Fiscal interviniente en la causa N° 21.666/96 de que se habría vendido ilegalmente un bien de dominio público –*específicamente, una fracción de la plaza “Salvador María del Carril”*–, bajo el artilugio de presentarlo como perteneciente al dominio privado del Estado, a un grupo de feriantes en el año 1992, en forma análoga a la transmisión de terrenos de Palermo a la Sociedad Rural Argentina. Antonio Brailovsky hizo saber a fs. 9/10 que dicha conclusión se basó en la investigación realizada por su asesora, Dra. María Teresa Mancini, quien prestó declaración testimonial a fs. 11/14 y aportó un resumen de la investigación que habría llevado a cabo así como la documentación sobre la que sustentó las afirmaciones allí contenidas (*anexos N° 1 al 18*).

Dentro de las conclusiones de la investigación (*vid. anexo N° 1*), la Dra. Mancini explicó que la plaza “Salvador María del Carril”, fue mutilada progresivamente; primero, mediante la instalación de puestos callejeros y la construcción de un galpón donde se ubicó un Mercado Municipal; finalmente, con la venta de este último a manos privadas.

Sostuvo que la plaza se ubica en el Barrio de Retiro, en pleno centro porteño, rodeada por las calles San Martín, Martínez Zuviría, Av. Madero y Maipú, entre las plazas Fuerza Aérea Argentina (*ex Britania*) y Canadá. El terreno que ocupa fue ganado originariamente al Río y, en consecuencia, se trataba de un terreno fiscal de la Nación.

Por decreto del 27 de marzo de 1925 el Estado Nacional, se lo habría dado en “uso precario” a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires la cual, en orden a la facultad de administrarlo, el 30 de diciembre de 1925 creó, por medio del Decreto N° 1434 del Honorable Concejo Deliberante, la plaza “Salvador María del Carril”, con una superficie de 9.180, 39 m<sup>2</sup>, situada en forma contigua a la Plaza Británica y limitada por las calles Madero, Maipú y San Martín (*vid. copia de la Memoria Municipal de la Dirección de Paseos Públicos de fs. 3 del informe en cuestión*). El plano del parque el Retiro

## *Poder Judicial de la Nación*

acompañado a dicha memoria muestra a la plaza integrada a aquél. Según el informe, a su estructura se incorporaron las vías del Ferrocarril Central Argentino, cuyo cometido era el mismo que en la actualidad *–hoy, por cierto, a cargo de la Administración General de Puertos–*: conectar las estaciones de trenes de Retiro con el Puerto de Buenos Aires.

Las vías en cuestión dividen materialmente la plaza y la Ley de Ministerio de Obras Públicas (MOP) N° 231.741/959 subdividió la manzana N° 67 en las parcelas A y B, siguiendo el trazo de las vías *–la primera, quedó situada entre las vías y la Avda. Madero y la segunda, entre las vías y Gilardo Gilardi–*, pero sin injerencia alguna en la plaza como tal.

El informe dio cuenta de que la ley N° 364/863 de la Ciudad de Buenos Aires, anterior a la ordenanza de creación N° 1434, daba cuenta, además de la prohibición de enajenar las plazas, la referida a edificar sobre su superficie y, en especial, la de construir mercados. Por su parte, el decreto Municipal N° 3032/74, del 11/6/1974 relativo al funcionamiento de puestos fijos en la vía pública para la venta de productos alimenticios *– en el marco del régimen de adjudicación de los permisos para el desempeño de personas en los centros de abastecimiento minorista y vía pública dependientes de la Dirección de Abastecimiento y Consumo–* prohibía su instalación en plazas, parques y paseos públicos (art. 4), mientras que la Ordenanza N° 19.907 contenía la misma prohibición en su artículo 1°.

Sin embargo, el informe indica que los puestos callejeros se fueron instalando lentamente en la plaza y en el año 1960 habían tomado gran parte de la plaza y ocupado toda la parcela 67 “A”. En el año 1967, el Decreto del poder Ejecutivo Nacional N° 959/67 modificaba indirectamente la situación reinante en la plaza, pues ordenaba la internación de las ferias francas permanentes y rotativas que funcionaban en la vía pública en lugares de su dominio público o privado y en predios que le hubiesen sido cedidos y ordenaba al municipio a disponer la reglamentación pertinente. Fue así que a través de la ordenanza N° 22.323 del 7 de abril de 1967, dictada en función del decreto mencionado así como de la ordenanza reglamentaria municipal N° 22.302/67, se dispuso el “...destino de los bienes de dominio público municipal que a continuación se expresan, a los fines de la internación de ferias...con sujeción de lo dispuesto por el Decreto Nacional N° 959/67: plazoleta delimitada por las calles Maipú, San Martín, Madero y vías del Ferrocarril Mitre y Administración General de Puertos, se destina para internar la feria franca N° 71...”

La Dra. Mancini indicó en su informe que a partir de estos actos nace el interrogante de si la plaza siguió siendo tal, aunque con un mercado municipal instalado en su terreno; o si, en el supuesto de considerarse que el predio ya no puede ser considerado plaza, conserva su carácter de bien de dominio público aunque con un uso común pero

distinto. Indicó que, a su entender, el punto en común de ambas posibilidades es el carácter público del dominio.

Aclaró que los bienes poseen dicha afectación como consecuencia de su uso o destino, pues se trata, como en el caso de las plazas o los mercados municipales, de terrenos que, de acuerdo con sus fines, cumplen una función que deriva en el beneficio de toda la comunidad. Dicha afectación se produce mediante un acto o procedimiento que les otorga dicho status jurídico *—a través de una ley, un acto administrativo común o decreto—* y la desafectación debe emanar de un procedimiento similar. Entendió que la administración puede modificar el bien artificial según el uso que se le atribuye, desafectándolo del uso anterior, siempre que haya sido ella quien lo creó.

En el caso que nos ocupa, en una u otra hipótesis, el bien no perdió su carácter “dominial” pues en ambos casos fue afectado por una ordenanza y por ello se requería cuanto menos un acto similar para su desafectación.

En esta dirección indicó que resulta razonable interpretar que el lugar continúa siendo una plaza *—pues la ordenanza N° 23.323/67 crea un Mercado Municipal dentro de la parcela 67A, a la que denomina “plazoleta”, la cual si bien vería modificada su fisonomía en el año 1977 en función de la construcción del mercado N° 71, esta última edificación estaría destinada al mismo fin que aquélla—*.

En efecto, con posterioridad a la construcción del mercado en el año 1977, el terreno que ocupan todas las plazas de la zona en análisis, incluida la “Salvador María del Carril” fue declarado “UP” (*Urbanización Parque*) por el Código de Planeamiento Urbano.

Aun cuando se considerara que la construcción del mercado violaba las otras disposiciones anteriormente citadas, lo cierto es que tampoco tales actos habilitaban la venta posterior del predio, pues el mercado municipal habría sido destinado al uso público y, en consecuencia, preservaría las mismas características jurídicas que una plaza *—el art. 2340 CC establece que son de dominio público tanto las plazas como cualquier obra pública construida para utilidad y o comodidad común—*.

Luego, el informe analizado se concentró en describir los distintos pasos que confluyeron en la venta del lugar, donde funcionó hasta el año 1992 la feria municipal, como un centro de abastecimiento municipal, destinado a la venta de productos alimenticios bajo el control de Abastecimiento y Consumo de la Municipalidad de Buenos Aires, como un bien de dominio privado a la sociedad “Nuevo Retiro S.A.”.

Así, el decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 1757/90, ordenó en su art. 14 la regularización de los inmuebles del Estado que se encontraran en condiciones de ser vendidos y, en especial, aquellos dados en comodato, locación o cualquier forma semejante *—característica que, según la investigación, no poseía el que nos ocupa*

## *Poder Judicial de la Nación*

*atendiendo a su inajenabilidad*-. Dicho cometido se encomendaba a los organismos en cuya jurisdicción estuvieran registrados. Por su parte, el art. 117 ordenaba que las disposiciones del decreto, en cuanto fueran de su competencia, serían de aplicación obligatoria para la ciudad.

Por medio del decreto Municipal N° 4962, reglamentario del anterior, se ordenaba la regularización de los inmuebles cedidos con permiso de uso precario que funcionaran como centros de abastecimiento municipal y, en su caso, la venta a los permisionarios o feristas que se encontraran interesados, siempre y cuando se hubiesen agrupado en una sociedad comercial. Luego, se preveían distintas soluciones para los permisionarios individuales que no integraran la sociedad adquirente.

El decreto PEN N° 449/91, por su parte, ordenó la desafectación de varios mercados municipales (*anexo II*) y la venta directa, sin previa desafectación, de aquellos enumerados en el anexo III, entre ellos, el CAM –*que, según el informe, era del dominio público municipal, zonificado como distrito UP*-. La venta directa se llevó a cabo de acuerdo con el Decreto PEN 407/91.

La Dra. Mancini insistió con la idea de que el Poder Ejecutivo Nacional ordenó la venta de un bien previamente afectado al uso público por una Ordenanza Municipal, por lo cual hubiese sido necesaria una desafectación por medio de idéntico procedimiento. Sin este acto, el bien mantuvo la misma calidad anterior y, en consecuencia, se habría procedido a la venta de un bien de dominio público, que se encuentra fuera del comercio.

Luego, el decreto Municipal N° 1643/92 dispuso la venta del inmueble a la flamante sociedad “Nuevo Retiro S.A.”, se procedió a la protocolización del inmueble – *pues por haber sido del dominio público municipal carecía de escritura y de asiento en el Registro Nacional de la Propiedad Inmueble*- a través de la escritura N° 1167, del 12/11/92, donde se indicó respecto de la parcela 67 “A” -*con una superficie de 1.695,68 metros cuadrados, Circ. 20, Sec. 3, Mza. 67*- que “...lo deslindado es del dominio eminente del Estado Nacional Argentino, según las prescripciones del art. 2342 CC”...” y que por ello no cuenta con asiento registral previo. El mismo día, se pasó al folio 1168 la escritura traslativa de dominio.

En el informe se dejó constancia de que el dominio eminente es aquel que tiene el Estado Nacional sobre todos aquellos bienes que no son de nadie y que el art. 2342 del CC, enumera los bienes del dominio privado del Estado Nacional. Sin embargo, de haberse analizado correctamente los antecedentes del terreno, se hubiese llegado a la conclusión de que se trataba de un bien de dominio público que no había sido desafectado y que, por ello, resultaba inajenable.

En esta dirección, se indica que el 7 de enero de 1992 se encomendó al arquitecto Berra que valuara el predio con motivo de su posible venta. El nombrado, indicó que se encuentra zonificado como distrito “UP” (espacio verde destinado al uso público, en los cuales la Municipalidad sólo puede autorizar obras de exclusiva utilidad pública que complementen y no alteren su carácter) y que, atendiendo a la falta de antecedentes de terrenos similares en la zona, no fue posible determinar el valor de venta, estimándose que se encuentra muy condicionado a la ubicación y restricciones de uso impuestos por el Código de Planeamiento Urbano.

Sin embargo, según lo indicado, mediante la escritura N° 1168, entre el Intendente, Saúl Bouer, en nombre y representación del Estado Nacional (*decreto PEN 449/91*) y Luis Herminio Villamil, en representación de Nuevo Retiro S.A., se concretaba la venta del bien por la suma de U\$S 400.000. Se vendió de esa forma, explica quien realizó la investigación, un bien de dominio público como si fuera de dominio privado del Estado.

Por último, el informe destacó los esfuerzos llevados a cabo históricamente con el fin de crear el “Parque de Retiro” para recibir a todos aquellos que llegaban para poblar nuestras tierras, en buques o trenes. En esta dirección, se explicó que las costas no eran las que hoy podemos ver; gran parte de ellas se encuentran hoy situadas sobre terrenos ganados al Río de la Plata, el cual llegaba hasta las barrancas de la Plaza San Martín. Algunos de esos predios se ganaron estratégicamente por el gobierno de la época, otros por industrias que veían en la zona un lugar clave, como ser la primer fábrica de gas (*la cual compró y rellenó terrenos, posteriormente expropiados para el emprendimiento del Parque de Retiro, situados en la Plaza Fuerza Aérea Argentina -ex Plaza Britania-*). Asimismo, la creación del Parque, demandó la demolición del “Pabellón Argentino”, edificio histórico ubicado en la cima de la barranca que hoy forma parte de la Plaza San Martín. Se indicó, por último, que el Parque ocupó desde esta Plaza hasta el Río de la Plata.

*b)* Bajo los números de anexo 2 al 18, se reservó la siguiente documentación, aportada como sustento de la investigación detallada en el punto anterior: **Ordenanza N° 1434** del 30/12/1924 del Concejo Deliberante, mediante la cual se denominó “Salvador María del Carril” a la plaza que en el Parque de Retiro queda a continuación de la Plaza Británica rumbo al Río de la Plata; la **ley de la ciudad N° 364** del 6/10/1862; el **Decreto Municipal N° 3032/74** del 11/6/1974; el **Decreto PEN N° 959/67** del 27/2/1967 –*mediante el cual se autorizaba a la Municipalidad de la Ciudad a internar en lugares de su dominio público o privado y en predios que le hubiesen sido cedidos en uso o arrendamiento por organismos oficiales, las ferias francas permanentes y rotativas que funcionasen en la vía pública; se disponía que las instalaciones necesarias para la internación serían ejecutadas*

## *Poder Judicial de la Nación*

*y costeadas exclusivamente por los permisionarios y quedarían incorporadas a los inmuebles, sin reembolso alguno; se dejaba constancia de que los permisos que se otorgaran para desarrollar actividades, según el régimen del decreto, serían precarios y durarían 5 años a partir de la fecha de habilitación del organismo o de la aprobación de las obras, pero que podrían ser revocados por razones de interés público o por cambio de destino del organismo, en cuyo caso, la Municipalidad indemnizaría a los permisionarios que hubiesen efectuado aportes para la construcción; asimismo, se establecía que quedaba a cargo de la municipalidad determinar las zonas y lugares de internación, la aprobación de presupuestos y obras; así como el régimen de adjudicación y caducidad de los permisos y de las actividades desarrolladas en las ferias internadas-; la **Ordenanza N° 22.323** del 7 de abril de 1967, reglamentaria del decreto PEN 959/67 -donde se consideraba que el plan de internación constituía uno de los capítulos básicos de la política de abastecimiento, por lo que correspondía adoptar las medidas que facilitarían su inmediata ejecución y que de los estudios zonales practicados se desprendían, además de los terrenos comprendidos por la Ordenanza 22.302, dictada el del 4 de abril del mismo año, otros sitios de dominio público municipal especialmente aptos para emplazar en ellos modernos centros de abasto minorista, destinados a cubrir eficazmente las necesidades de consumo de la población; para lo cual se disponía la internación de la ferias franca N° 71, con sujeción a lo dispuesto por el decreto nacional N° 959/67, la plazoleta delimitada por las calles Maipú, San Martín, Madero y Vías del Ferrocarril Gral. B. Mitre y Administración General de Puertos-; los **dictámenes de la Dirección de Paseos** del 10/2/66 y del 28/4/66, presentados en el expte. N° 144.563, “Dirección de Paseos s/ retiro de Feria sita en Plaza Salvador María del Carril y otras, etc.”, referidos a la posición de esa Dirección, en el sentido de retrotraer a su destino específico espacios libres, actualmente ocupados con instalaciones ajenas a la finalidad que deben cumplir, desvirtuando la finalidad para la cual fueron destinados; el **decreto PEN N° 1757** del 5/9/90 de Reforma del Estado y Emergencia Económica, dictado a la luz de las leyes 23.696 y 23.697 –según el cual, dentro del plan de racionalización del gasto, se dispone que los entes y organismos comprendidos en el art. 1 de la ley 23696, debían regularizar la situación existente con relación a inmuebles de propiedad del Estado cedidos por locación, comodato u otra figura jurídica que no fuere de transmisión del dominio; para lo cual debían fijar las nuevas condiciones onerosas de cesión ad referéndum de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía. Se estipulaba que si el tenedor de los inmuebles, en cualquiera de las condiciones jurídicas mencionadas, se interesaba por la compra, el organismo en cuya jurisdicción se encontraba registrado quedaba autorizado para realizar la transferencia de dominio en favor del interesado, ante lo cual intervendría previamente la Administración*

*General de Inmuebles Fiscales de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía, la cual requeriría tasación a los organismos competentes y gestionaría la aprobación de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía. Por su parte, el art. 117 establecía que las disposiciones del decreto, en cuanto fueran de su competencia, serían de aplicación obligatoria para la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a cuyos efectos, el departamento ejecutivo municipal debía proponer la reglamentación pertinente-; el Decreto Municipal N° 4962 del 4 de octubre de 1990 –dictado en función de los arts. 14 y 117 del decreto nacional mencionado, donde se establecía que, para la venta de los terrenos comprendidos en el texto en las condiciones a las que nos hemos referido, se establecía que la Subsecretaría debía elevar la propuesta para su aprobación por decreto Municipal, previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y de Planeamiento, tomándose como precio de venta la valuación del Banco Ciudad de Buenos Aires-; el decreto PEN 449/91, del 20 de marzo de 1991 –dictado en uso de las facultades del art. 86, inc. 3 de la CN, anterior a la reforma del año 1994 y en función del decreto PEN N° 1757 (arts. 14 y 117) y del Municipal N° 4962/90, a través del cual se aprobó este último, reglamentario del mecanismo para las transferencias de inmuebles donde funcionen Centros de Abastecimiento Municipal y Mercados Comunitarios, a Sociedades Cooperativas o cualquier sociedad de tipo comercial, conformadas por los permisionarios de esos establecimientos y dispuso la venta directa dentro del régimen del decreto municipal, sin previa desafectación (a diferencia de los inmuebles comprendidos en el art. 2), de los bienes inmuebles de Estado Nacional en los cuales funcionan los centros de abastecimiento municipales y mercados comunitarios enumerados en el Anexo III (en el cual se incluyó el que nos ocupa, respecto del cual se detalló que carece de plancheta catastral), autorizándose al intendente a suscribir la documentación necesaria-; el Decreto Municipal 1643/92, del 16/7/92 - dictado en función del expediente Municipal N° 119.590/90, en el cual tramitó la propuesta de compra de “Nuevo Retiro S.A.”, integrada por los permisionarios del CAM N° 71. Se consideró que toda vez que dicho inmueble era de propiedad del Estado Nacional, se daba intervención al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el cual, a través de la Administración General de Inmuebles Fiscales, prestaba conformidad para efectuar la venta directa según el Decreto 2137/PEN/91 y el art. 7 del decreto municipal N° 4962/90; asimismo, que de acuerdo con el art. 3 del decreto 449/91, se disponía la venta de los inmuebles de propiedad del Estado Nacional en los que funcionaban los CAM, dentro del régimen estatuido por el decreto municipal N° 4962/90, autorizándose al intendente a suscribir la documentación con tales fines. Por ello, con el fin de dar curso formalmente a la propuesta de compra, el Intendente ordenó proceder a la venta a la sociedad “Nuevo Retiro S.A.” del inmueble donde funciona*

## *Poder Judicial de la Nación*

*el CAM 71, de acuerdo con la conformidad prestada por el Ministerio de Economía y con ajuste a las determinaciones del decreto PEN 2137/91 y su similar 449/PEN/91 y el Decreto Municipal N° 4962/90-; la nota enviada por el Arquitecto Berra a la Dirección Técnica -como informe de la inspección realizada sobre el CAM 71 el 7/1/92, incorporada al expediente municipal a la cual nos hemos referido-; informe de dominio -del inmueble ubicado en José Ramos Mejía 1415/31, esquina Gral. Belgrano, esquina San Martín, esquina Gilardo Gilardi, manzana 67 A, donde se hace constar como primer asiento: “Dominio: Estado Nacional Argentino. Adjudicación por usucapión, protocolización según escritura 12/11/92, N° 255, esc. D’Albora...”; Asiento N° 2; “...Nuevo Retiro S.A., cvta. U\$S 400.000, 17/11/92...”; texto correspondiente al proyecto atinente a la “**Explanada de Retiro**”; copias certificadas de las escrituras N° 1167 y 1168 del 12/11/92 y agregados – relativas a la protocolización y a la venta del inmueble en cuestión-.*

c) Tras la presentación sintetizada previamente se disparó una investigación llamativamente discontinua, pues bastos paréntesis de tiempo se interpusieron entre las medidas de prueba adoptadas a partir de la radicación definitiva de las actuaciones en este fuero el 26 de diciembre de 2001 (*cfr. fs. 70*) las cuales, por lo demás, habrían revelado ciertos extremos que no fueron suficientemente explorados. Sin perjuicio de que, sobre estas falencias y acerca de la necesidad de llevar a cabo una serie de diligencias nos referiremos *infra* (*ver punto VII*), es preciso adelantar que las pruebas recolectadas por el momento permiten revocar el auto apelado y tamizar provisoriamente la imputación, según la pretensión del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con el grado de convicción exigido por la sana crítica legal en esta etapa del proceso.

Detallaremos a continuación, previo a argumentar esta última afirmación, las pruebas recolectadas durante la instrucción.

A fs. 102/113, la Procuración General del Gobierno de la Ciudad remitió los antecedentes obrantes en la Escribanía General de la Ciudad de Buenos Aires relativos al inmueble en cuestión –*ordenanza N° 1434 del 21/12/1925; decreto Municipal N° 4962/90; lo que aparenta ser un proyecto del Decreto PEN 449/01 (pues además de no estar fechado, su texto difiere del instrumento aquí cuestionado pues mientras en su artículo 2 desafecta los bienes del dominio público municipal mencionados en el anexo I, no contiene una disposición similar a la contenida en el anexo III y por ello, tampoco ordena la venta directa del inmueble comprendido en las actuaciones); y copia de la página 23 de lo que aparenta ser un registro de plazas, de la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal, donde surge la Plaza Salvador María del Carril, creada por ordenanza N° 1434 y ubicada entre las Avdas. Madero, Ramos Mejía, Martín Zuviría y San Martín-*.

Asimismo, dicho organismo informó que por medio de la ordenanza N° 1434 del 30/12/1924 se denominó “Salvador María del Carril” a la plaza del Parque de Retiro que queda a continuación de la Plaza Británica, rumbo al Río de la Plata; que la Plaza Británica, hoy denominada “Fuerza Aérea Argentina”, se asienta en la fracción N° 65, mientras que la Plaza Salvador María del Carril, se ubica entre las calles Ramos Mejía, Martínez Zuviría, San Martín y Gilardo Gilardi, fracciones 67 A y 67 B. Explicó que si bien la afectación dictada por el Consejo Deliberante es un acto válido para incorporar las tierras al régimen de dominio público, el predio afectado a la conexión de Retiro con la Aduana no fue registrado a nombre de la ciudad.

Por otra parte, indicó que las fracciones de las manzanas se encuentran identificadas como 67 b (*plaza*) y 67 a (*antiguo mercado*), aunque no es posible establecer si las construcciones son anteriores o posteriores a la plaza y que la transferencia del ex Centro de Abastecimiento que ocuparía la fracción 67 A no fue efectuada por la Ciudad, sino por el Estado Nacional.

Por otro lado, hizo saber que no había constancias de algún acto de desafectación de todo o parte del predio por parte de la Ciudad.

La Secretaría Legal y Técnica de la Nación acompañó a fs. 203, en lo pertinente, los decretos PEN N° 959/67, 1757/90, 449/91 y el 407/91. Cabe señalar este último instrumento, dictado el 11 de marzo de 1991, sobre la base de los artículos 60 y 61 de la ley 23.697 de emergencia económica, vinculados con la venta de inmuebles fiscales innecesarios para el cumplimiento de las funciones estatales o de la gestión de sus entes descentralizados. El decreto en cuestión persigue, en consecuencia, agilizar el procedimiento enajenatorio, para lo cual establece que la Administración General de Inmuebles Fiscales deberá confeccionar una nómina de los inmuebles desafectados total o parcialmente del servicio por organismos centralizados y la de aquellos cuya venta fuera encomendada por entidades autárquicas nacionales, empresas y sociedades del Estado en los términos de la ley 23.697; mientras que los entes nacionales descentralizados, entidades autárquicas nacionales, empresas del Estado, sociedades del Estado y otros entes con participación estatal, debían confeccionar asimismo una nómina de inmuebles innecesarios para su gestión y programar también un cronograma de enajenaciones. El artículo 4 establecía que las ventas inmobiliarias debían efectuarse únicamente por remate o licitación pública, debiendo integrarse la totalidad del precio de venta dentro de los quince días de aprobada la operación por la autoridad competente; asimismo se disponía la posibilidad de enajenar tales inmuebles aun cuando fuesen litigiosos, casos en los cuales el saneamiento dominial, catastral, constructivo, registral o judicial debía correr a cargo de los adquirentes. La base en caso de remate o licitación pública sería determinada por el Tribunal de

## *Poder Judicial de la Nación*

Tasaciones de la Nación, mientras que ante situaciones debidamente justificadas podría recurrirse excepcionalmente a entidades privadas. Por otra parte, el art. 7 establecía que el Ministerio de Economía debía aprobar las ventas inmobiliarias tramitadas por la Administración General de Inmuebles Fiscales, mientras que el art. 10 derogaba, en lo que interesa, el último párrafo del art. 14 del decreto PEN 1757/90 referido a la adquisición de inmuebles por parte de sus ocupantes.

La Dirección de Catastro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acompañó a fs. 205/211 copia de la ficha parcelaria y del plano índice del sector de referencia. Así a fs. 205 se adjuntó un plano de la manzana 67 A, ubicada entre José María Ramos Mejía, las vías del Ferrocarril General Belgrano, Gilardo Gilardi y San Martín, no válido como certificado, donde se indica el número de plano 002-C-92 del mes de septiembre de 1992 –*es decir, aquel invocado en la escritura traslativa de dominio*- y la ficha habilitada el 25/9/92, con igual constancia de su invalidez como certificado, donde surge su inscripción, con fecha 12/1/92 a nombre de “Nuevo Retiro Sociedad Anónima” del mismo predio.

A fs. 207 se acompañó un plano de la parcela 67 B, del 27/11/59 donde surge su identificación como plaza aunque con enmiendas y un sello con la misma aclaración que la citada; por su parte, la ficha catastral habilitada el 22/12/59 respecto de la manzana 67 B surge como propietario el Estado Nacional Argentino y la aclaración de que no tiene matrícula abierta.

La Escribanía General de la Nación adjuntó a fs. 213/253, copia de la documentación relativa a la venta investigada (copia de la escritura de protocolización, primer título del Estado Nacional Argentino, del 12 de noviembre de 1992 con sello en su dorso del Registro de la Propiedad Inmueble que reza: “adjudicación por usucapión, primer inscripción, matrícula 20-2915; copia del plano 002-C-90 correspondiente a la manzana 67 A; copia de escritura de venta N° 256 de la misma fecha y de la documentación agregada: decreto N° 449/01, constancia de depósito en el Banco Nación, a favor de la Subsecretaría de Hacienda, Tesorería General, de la suma de \$ 118.800, con fecha el 25/8/92 y sello estampado del 4/11/92; constancia del depósito de \$ 277.200 el 2/11/92 con sello del 4/11/92; una constancia con firma estampada a nombre de la Directora de Políticas de Abastecimiento de la Municipalidad de la Ciudad, relativa a que los integrantes de “Nuevo Retiro S.A.” no adeudaban suma alguna a la Municipalidad en concepto de canon de abasto, de acuerdo con lo establecido por la cláusula 8va. del boleto de compraventa; certificado de catastro expedido el 7/10/92, correspondiente a la manzana “67A”, sin indicación alguna en relación con su propietario y un plano que la ubica en el predio situado entre las Vías del Ferrocarril General Belgrano, Gilardo Gilardi, San Martín y

Ramos Mejía; copia del Decreto Municipal N° 4962, del N° 1643 del 16/7/92 del boleto de compraventa y del Estatuto Social, acta de directorio y constancia de inscripción en la IGJ de “Nuevo Retiro S.A.” Asimismo, se informó que el expediente que dio origen al trámite de venta (N° 119.590/90) fue remitido en devolución a la Administración General de Inmuebles Fiscales del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

La Secretaría Legal y Técnica del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires envió a fs. 257/287, copia del decreto Municipal N° 3032 del 11/6/74, de la ordenanza N° 22.302 del 4/4/67, de la ordenanza N° 22.323 del 7/4/67, de la Ordenanza N° 24.415 del 8/7/69 –*por medio de la cual se derogó el art. 1, inc. b de la Ordenanza 22.323, mediante la cual se había destinado para la instalación de la feria N° 70, la plazoleta delimitada por Bouchard, Madero y Viamonte, por estimarse que la zona en que se encontraba emplazada aquella feria era un conglomerado típicamente comercial y carente de núcleos habitacionales, lo cual hacía innecesaria su existencia en el lugar y que, con el funcionamiento de la feria N° 71 se cubrían ampliamente las necesidades de abastecimiento del radio de influencia de ambos organismos-*; del decreto municipal N° 4962 y del decreto N° 1643.

Asimismo informó no haber encontrado la pieza original de la ordenanza N° 19.907 –*a la que aludió el informe presentado por la Dra. Mancini-*, mientras que a fs. 340/344 la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación dijo no haber encontrado el decreto del 27 de marzo de 1925 por medio del cual Estado Nacional habría cedido en uso precario a la Municipalidad el terreno en cuestión, de acuerdo con lo que se desprende del informe sintetizado con antelación.

Por otra parte, a fs. 305 se recibió el expediente Municipal N° 119.950/90, en cuyo marco habría tramitado la venta directa del predio en cuestión, al cual nos referiremos luego.

Por último, de acuerdo con el cometido establecido a fs. 310 dirigido a determinar el valor del predio (*manzanas 67 A y B*) el Cuerpo de Peritos Tasadores de la CSJN informó a fs. 314/315 que la solicitud recayó sobre un predio de características muy específicas, pues se trata de la Plaza “Salvador María del Carril”, ubicada entre las Av. Ramos Mejía, calle Martínez Zuviría, Gilardo Gilardi y San Martín, surcada por las vías del ferrocarril General Manuel Belgrano, la cual forma parte de un paseo metropolitano que comprende un conjunto de plazas públicas: Plaza Libertador General San Martín sobre la barranca, Fuerza Aérea Argentina, Plaza Canadá y otras más pequeñas y se ubica exactamente entre estas dos últimas.

En cuanto a sus características, se indicó que este tipo de recursos arquitectónicos responde a necesidades de organización del espacio urbano, en especial,

## *Poder Judicial de la Nación*

para resolver el encuentro de diversos ejes de circulación metropolitana. En el caso, abarca la confluencia de vías de circulación de significación tal como las estaciones cabeceras de ferrocarril y deriva a Avenidas de transporte de carga correspondiente a la producción procedente de todo el territorio de la Nación hacia el puerto de Buenos Aires –*tales como Avda. Madero, Antártica Argentina y Comodoro Py*-. Por ello, consideró que, desde todo punto de vista, el predio está ubicado estratégicamente.

Como nudo de circulación, atiende también las necesidades de traslado de pasajeros con numerosas paradas de colectivos por la Avenida Ramos Mejía y Avda. Gilardo Gilardi y se completa con la estación terminal de Subterráneos de Buenos Aires y de Ómnibus.

Por la importancia de su implantación, se levantan en su vecindad el conjunto de oficinas denominado “Catalinas”, así como la zona residencial sobre la plaza San Martín y la Avda. Libertador, así como numerosos edificios sedes de organismos de estado.

Por otra parte, forma un conjunto visual de primer orden pues se erige como un hito urbano de características orientadoras para el movimiento poblacional, de circulación peatonal y vehicular, de movimientos migratorios a nivel nacional y de referencia a los pasajeros de procedencia internacional.

Finalmente, en lo que atañe a su aspecto visual, constituye un diseño renacentista donde se utilizan las perspectivas mediante monumentos que precedentemente orientan las visuales sobre campos de espacios verdes formados precisamente por las plazas. Este diseño se empezó a aplicar en las ciudades del renacimiento italiano. Desde lo histórico constituye un paso de lo medieval hacia la metrópolis moderna.

Ahora bien, el perito indicó que dentro del Código de Planeamiento Urbano, la plaza fue categorizada como “Urbanización Parque”, según surge del plano de fs. 318/321 –*Plancheta N° 13, CPU*-. Respecto de su valía se hizo saber que, fuera del valor organizativo del espacio urbano, todo terreno vale lo que se le puede construir encima. Sin embargo, los distritos “UP” corresponden, según el art. 5.4.10 del CPU a zonas destinadas a espacios verdes o parquizados de uso público, delimitados según los planos de zonificación, sobre los cuales el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires podrá autorizar obras de exclusiva utilidad pública que complementen y no alteren su carácter.

El perito concluye que en la situación operativa en la que se encuentra, designado para uso de parque de la Ciudad, no constituye un inmueble que se pueda ofrecer a la venta en el mercado Inmobiliario por lo cual, no tiene valor venal, ni por método comparativo –*que es el que se aplica en el mercado inmobiliario*-, ni por método de incidencia –*que resultaría de la cantidad de metros cuadrados que se autoriza a edificar*-.

Se acompañó al informe copia de la norma contenida en el Código de Planeamiento Urbano, del plano del predio (plancheta N° 13) y de un informe pericial que ejemplifica el criterio a aplicar por ese Cuerpo de Peritos.

En este ejemplo se explicó que los terrenos, lotes o parcelas urbanas no poseen valor comercial intrínseco, sino que su valor es potencial – de acuerdo a los que se les pueda construir encima-. El modo de determinar el valor comercial según el análisis de las posibilidades constructivas se denomina “Método de Incidencia” –realmente lo que se valúa es la incidencia que el valor del lote puede tener sobre el total posible a edificar-. Se explica que se trata de un índice numérico distinto de acuerdo con el lugar, proporciones del terreno y jerarquía inmobiliaria del área (que se mide en dólares/m<sup>2</sup>). El sentido común y determinadas tablas que indican la participación porcentual de los distintos factores que intervienen en un negocio inmobiliario, en la formación del precio final de lo construido, nos indican, según el informe, que sobre el precio final de venta (100%) el porcentaje de la incidencia del terreno, puede oscilar entre un 12 % a un 18%. El Código de Planeamiento es la norma que establece, para cada área de la Ciudad de Buenos Aires, las posibilidades de cada predio (cantidad de metros cuadrados construibles). El FOT es uno de esos parámetros, el cual señala numéricamente la relación entre la superficie del lote y la superficie total construible. Se aclara, asimismo, que no todas las áreas se regulan con este tipo de normas de tejido, pues algunas, por diversas razones, tienen normas regulatorias propias diferenciadas que les fijan restricciones especiales, sean al uso, o a las alturas; o restringen totalmente sus usos como, por ejemplo, las zonas conocidas como “UP” y que no son comercializables.

Por último a fs. 437/38 prestó declaración testimonial el Escribano General de la Nación, Natalio Pedro Etchegaray quien hizo saber que toda vez que el bien carecía de título inscripto en el Registro de Propiedad –*más allá de la expresión impropia en la escritura relativa al “saneamiento”*- se solicitó la certificación catastral, las valuaciones fiscales y el número de partida municipal para confeccionar el título de propiedad a nombre del Estado Nacional, según lo estipulado por el art. 2342 CC.

Indicó que de la certificación catastral surge el plano de una manzana sin referencia alguna a su afectación como plaza, más allá de lo cual, la realidad demuestra que allí funciona un mercado.

Aclaró por otra parte que la distinción realizada en el decreto nacional N° 449/01 entre los CAM incluidos en los anexos II y III, en cuanto a que respecto de los primeros se dispuso la “desafectación del dominio público municipal”, no les llamó la atención por cuanto el dominio público sólo es nacional o provincial. Agregó que los

## *Poder Judicial de la Nación*

bienes municipales están contemplados en el art. 2344 del CC y deberían haber sido oportunamente puestos a nombre de la Municipalidad.

Explicó que en el caso, el Estado Nacional vendedor no tenía título inscripto, por lo cual se otorgó, previo a la escritura traslativa de dominio, en orden al plano aprobado, al certificado catastral y de valuación que fueron despachados por la municipalidad.

En relación con el decreto PEN 959/67, específicamente en lo atinente a la autorización conferida por el Estado Nacional a la internación en lugares de su dominio público o privado de ferias francas permanentes y rotativas dijo nuevamente que la expresión “dominio público municipal” resulta cuestionable y que, desde el año 1967 en función de dicho decreto, queda claro que cambia el destino de los eventuales lugares públicos donde se instalarían o internarían las ferias, pues con su radicación se enerva la utilización por todos, lo cual se encuentra en la esencia de estos bienes.

**IV.-** El relato de las distintas lecturas del hecho investigado, la descripción de los elementos probatorios y, en especial, de las diversas normas involucradas, ha procurado la minuciosidad necesaria para perfilar, cuanto menos, la complejidad oculta tras el corte simplificador de la realidad –*y por ello, alejado de ella*- que condujo al juzgador a adoptar la decisión que consideramos equivocada.

La hipótesis de la acusación –*basada en la denuncia del Defensor Adjunto y en el informe adjuntado por su asesora*-, explicitada en las diversas presentaciones de la parte –*incluso en la apelación que nos ocupa*- fue conducida, en función de ciertos avatares procesales, hacia sólo una porción de su sentido. Producto de este recorte fue el anclaje de la discusión en el asunto atinente a si la fracción de terreno vendido había sido destinada a una plaza y, en consecuencia, si se trataba de un bien “dominial” o en cambio, perteneciente al dominio privado del Estado.

La opción por parte del “*a quo*” de esta última opción –*cargada en sí misma de bemoles, según veremos “infra”*- lo relevó de analizar la complejidad de la maniobra presentada por el Ministerio Público Fiscal y de detenerse, en consecuencia en el contexto y la modalidad de la venta del inmueble en el cual se encontraba instalado el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71.

Así, el recurso a una pretendida desafectación tácita del uso público del bien mediante la instalación de un mercado en el lugar, dejó el inmueble a merced de un mercado inmobiliario que, por un lado, se negaba a otorgarle un valor venal por sus restricciones absolutas de uso y que, por el otro, admitía su venta como terreno baldío. Tal mudanza silenciosa de régimen jurídico –*del correspondiente a los bienes de dominio público del referido a los de domio privado*- admitida por el Dr. Oyarbide, le permitió

concluir, sin ahondar en la realidad compleja oculta tras la clave de la controversia, que no se había producido perjuicio alguno para las arcas del Estado.

Corresponde adelantar que se recibirá favorablemente la pretensión de la parte acusadora y, en este sentido, no sólo se cuestionará la afirmación central (y *simplificadora*) de la resolución apelada, sino que se destacará asimismo el modo en que se inserta la ilegítima mudanza del régimen jurídico aplicable al bien en una maniobra más compleja que permitió, sin mayores voces opositoras, vender un inmueble situado en un lugar estratégico *–desde varios puntos de vista–*, en el cual funcionaba un centro de abastecimiento municipal, como un terreno baldío *–es decir, sin la consideración de las mejoras ni de los índices que habitualmente se utilizan para la determinar del precio en las operaciones inmobiliarias–*. De ese modo y por un precio vil, se transmitió a manos privadas un bien que había sido destinado a conformar el Parque de Retiro y que, más allá de la instalación del centro de abastecimiento municipal, se destinó al uso público *–sea directo o indirecto–*. Así, lograron sustraer el bien que debían administrar y cuidar en razón de los cargos que desempeñaban.

**IV.1)** Según el orden anunciado, estudiaremos primero la afirmación central del magistrado *–que hizo eco de ciertas voces defensoras–*, según la cual el inmueble vendido a “Nuevo Retiro S.A.” no era de dominio público y, en consecuencia, podía ser enajenado.

El primer argumento en este sentido *–invocado por algunos imputados–* se centró en el hecho de que no se había logrado dar con el acto por el cual se había producido la creación del bien del dominio público artificial.

El segundo, recibido favorablemente por el Juez, se concentra, más allá del asunto atinente a si se había afectado inicialmente el inmueble al dominio público, en que habría mediado, a través de la internación y construcción de un mercado *–en los años 1967 y 1977 respectivamente–*, una desafectación tácita de ese destino y, en consecuencia, el bien habría recuperado su *status* inicial *–es decir, del dominio eminente del Estado–*. En pocas palabras, la tutela deparada por el derecho público sobre un bien del pueblo *–según veremos–* habría sido desplazada por el derecho privado en lo que atañe a las posibilidades sobre él.

Corresponde discutir en el acápite tanto aserciones normativas como fácticas, pues ha sido un lugar común en las actuaciones la atención exclusiva en tecnicismos que cobraron vida propia y resignificaron, mediante una simplificación inaceptable *–según hemos visto–*, datos de la realidad.

Nuestro ordenamiento no proporciona un criterio de clasificación y por ello los bienes de dominio público (*del Estado general que forma la Nación, de los Estados*

## *Poder Judicial de la Nación*

*particulares de que ella se compone o de los municipios –arts. 2339, 2344 CC (cfr. Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge H., “Código Civil Anotado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2da. Reimpresión, Tomo IV, A, ps. 42/43)- son aquellos enumerados por la legislación de fondo. Así, el Código Civil dispone en su art. 2340 que quedan comprendidos entre los bienes públicos, “...Las...plazas...y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...” (inc. 7).*

No se ha controvertido en autos, en principio, el punto de partida consistente en que la referencia del Código Civil a estos bienes no transforma el instituto en uno de naturaleza civil, sino que se limita a deslindar ambos tipos de dominio (*privado y público*) y establece así la distinción básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materias que, por pertenecer a la legislación sustantiva, son propias del Código Civil (*Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, 4° edición actualizada, Buenos Aires, Tomo V, “Dominio Público”, p. 99*).

En este sentido, la ley civil no “crea” bienes de dominio público, sino que establece el régimen jurídico aplicable que en ese caso, se diferencia de la propiedad privada. En consecuencia, corresponde diferenciar la asignación de carácter público a un bien con su afectación al dominio público. En el caso de los llamados bienes públicos “artificiales” –*como es el caso de una plaza*- dicha condición jurídica derivará de lo dispuesto por el legislador nacional, pero la creación del bien y su afectación al uso público, provendrá de la autoridad local o provincial.

Previo a concentrarnos en el cuestionamiento sobre la calidad del bien cuya venta, en las condiciones descriptas, constituyó materia de investigación, corresponde señalar, en apretada síntesis, que el dominio público no equivale al derecho real de dominio (*propiedad privada*), regido por el derecho privado, sino que se trata de una propiedad de derecho público, sometida a un régimen especial, cuyo sujeto –*más allá de ciertas divergencias doctrinarias*- es el conjunto de hombres considerado como comunidad política.

Así, el dominio público se encuentra afectado al uso público, a la utilidad común –*más allá de la discusión relativa a si este uso puede ser también indirecto*-, mientras que la propiedad privada u ordinaria responde al uso particular de su dueño. El régimen especial del dominio público se manifiesta en su inalienabilidad y en su imprescriptibilidad, como así la forma en la que se hace efectiva su tutela, para la cual la Administración pública, ejercitando sus poderes de policía, puede actuar directamente, por sí, lo cual no rige para la propiedad privada (*cfr. op. cit., ps. 98/99*).

El primer argumento, según hemos visto, radicó en que toda vez que por el momento no se ha podido dar con el acto administrativo mencionado en el informe de la

Dra. Mancini por medio del cual el Estado Nacional habría cedido en uso precario a la Municipalidad el terreno en cuestión –*decreto del 27 de marzo de 1925-*, tampoco se ha logrado demostrar la afectación del bien al uso público y, en consecuencia, su carácter “dominial”.

Ahora bien, según la presentación de Antonio Brailovsky, el testimonio de María Teresa Mancini y el informe reservado como Anexo N° 1, el predio se trata de un terreno ganado al Río de la Plata y, en principio, le pertenecía al Estado Nacional –*se desconoce si por expropiación a la fábrica de gas o por dominio eminente, en orden a la rada del puerto-*.

De acuerdo con el informe, el propietario habría cedido en uso precario, por medio del decreto mencionado, a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires el terreno que nos ocupa. Esta última, contando en consecuencia con la facultad de administrarlo, denominó, por medio del Decreto N° 1434 del Concejo Deliberante, el 30 de diciembre de 1924, la Plaza “Salvador María del Carril”, “...a la plaza que en el Parque de Retiro queda a continuación de la Plaza Británica rumbo al Río de la Plata...” (*vid. fs. 280/82 y anexo N° 2*).

Aun cuando no se ha recabado por el momento el decreto –*presumiblemente en orden a un posible error en la fecha pues, según se ha podido establecer, la ordenanza N° 1434 de afectación fue dictada en el año 1924, en lugar de 1925-*, se cuenta con copia de la ordenanza N° 1434 (*vid. fs. 280/82, sin perjuicio de que también fue aportada por la Dra. Mancini como anexo N° 2*), con el informe en cuestión –*basado en la compulsas de documentación obrante en el Archivo General de la Nación y en la Dirección de Parques y Paseos de la Ciudad de Buenos Aires-*, que da cuenta del Proyecto del Parque de Retiro que comprendió la Plaza Britania (hoy Fuerza Aérea Argentina), la Plaza San Martín (*cuya ampliación requirió la demolición del “Pabellón Argentino”*), la Plaza “Salvador María del Carril” y por último la plaza Canadá –*según puede apreciarse, además, de los términos de la ordenanza N° 1434-*.

Por otra parte, la pericia de fs. 314/315 hace alusión a que la Plaza forma parte de un paseo metropolitano que comprende un conjunto de plazas públicas: Plaza Libertador General San Martín sobre la barranca, Fuerza Aérea Argentina, Plaza Canadá y otras más pequeñas y se ubica exactamente entre estas dos últimas. Asimismo, no se encuentra controvertida la zonificación del lugar como distrito “UP” (*vid. pericia aludida, la copia de la plancheta N° 13 del CPU adjunta y el informe del arquitecto Osvaldo Berra agregado a fs. 37 del expte. N° 119.590*).

Sin perjuicio de la subdivisión de la manzana N° 67 en las parcelas “A” y “B” por medio de la Ley M.O.P. 23.741 del año 1959, del decreto nacional y ordenanza

## *Poder Judicial de la Nación*

municipal de internación del centro de abastecimiento municipal N° 71 del año 1967 y de la edificación que habría tenido lugar con posterioridad (año 1977) –*actos sobre cuyos efectos nos referiremos luego*-, lo cierto es que las constancias reseñadas con antelación son suficientes para tener por comprobada provisoriamente la afectación originaria del inmueble al uso público, tanto desde el aspecto normativo como por la efectiva instalación en el lugar de una plaza. Refuerza esta conclusión la nota presentada por la Escribanía General de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 102/113, según la cual la afectación dictada por el Concejo Deliberante es un acto válido para incorporar la tierra al dominio público.

Tampoco el hecho de que las tierras en cuestión no hubiesen sido inscriptas ni a nombre del Estado Nacional ni de la Ciudad, se constituye en un obstáculo para afirmar su carácter de bien de dominio público, sino todo lo contrario pues de acuerdo con el régimen específico aplicable a este tipo de bienes, es el pueblo su titular mientras que el Estado ejerce sólo la tutela.

Cabe enfatizar que la afectación del bien al uso público –*y el uso efectivo*- es el elemento determinante –*sin perjuicio de los tres elementos restantes de la dominialidad*- del ingreso del bien a dicho régimen jurídico. En este sentido, resulta un dato menor en relación con el nuevo carácter tras la afectación –*sin perjuicio de la perspectiva procedimental*- el patrimonio que el bien en cuestión compuso con antelación. Prueba de ello es que, tras la desafectación, el bien vuelve a manos de quien lo detentaba con antelación –*con la excepción, por cierto, de que la afectación hubiese requerido un procedimiento previo especial, en el supuesto de que el bien se encontrase en manos privadas*-.

Por otro lado, no se encuentra discutida en autos la pertenencia del bien –*previa a su afectación*- al Estado Nacional, según se desprende asimismo del expediente Municipal N° 119.590, sin perjuicio de la administración confiada a la Municipalidad y de lo dispuesto por la Constitución Nacional, anterior a la reforma, respecto de la Capital Federal y de las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional en función de lo dispuesto por el art. 86, inc. 3.

De acuerdo con estas consideraciones, la defensa relativa a la falta de acreditación de la afectación de la manzana 67 al dominio público en función de no haberse recabado por el momento el decreto de cesión en uso precario del Estado Nacional a favor de la ex Municipalidad de Buenos Aires, no será recibida favorablemente. Cabe señalar que tampoco el juzgador la tomó para decidir del modo objetado, pues estimó que la ordenanza municipal citada significó un acto válido de afectación.

El otro punto de la defensa que se constituyó en la clave de la consideración de los hechos como adecuados socialmente por parte del Juzgador se centró en la pérdida

del carácter dominial del inmueble por haber perdido su destino como plaza a partir de la internación y construcción de un mercado. La voluntad de la administración manifestada por medio de la subdivisión de las parcelas, del dictado del decreto PEN 959/67 y de la ordenanza 22.223/967, así como su silencio frente a la edificación realizada en el año 1977 se traduce, según el argumento, en una desafectación tácita del uso público y, en consecuencia, en una mudanza válida de régimen jurídico que volvió a colocar a la antigua plaza dentro del comercio.

Sin embargo, basta echar una mirada a los antecedentes asequibles –*sin perjuicio de la necesidad de ahondar en la búsqueda de otros, según se detallará en el punto VII de la presente*- para llegar a una conclusión opuesta, en sintonía con la propuesta del denunciante y pretendida por el Ministerio Público Fiscal.

Según la reseña del punto III y el análisis del punto IV se emplazaba en la manzana 67 la plaza “Salvador María del Carril”. Recién mediante la Ley del Ministerio de Obras Públicas N° 23.1741 del año 1959 aquella se subdividió, siguiendo la línea marcada por las vías del Ferrocarril, en dos parcelas (“A” y “B”), sin efectos –*con independencia de la nueva nomenclatura*- sobre la condición jurídica del bien (*vid. anexo N° 1*).

Sin embargo, según se desprende del informe de la Dra. Mancini, habrían comenzado a instalarse espontáneamente en la plaza vendedores ambulantes, hasta que finalmente, el 27/2/67 el Poder Ejecutivo Nacional, dispuso, mediante el decreto N° 959 –*vid. anexo N° 5 y documentación aportada por la Secretaría Legal y Técnica de la Nación a fs. 203*- autorizar a la (*ex*) Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a internar en lugares de su dominio público o privado y en predios que le fueran cedidos en uso o arrendamiento por organismos oficiales, las ferias francas permanentes y rotativas que funcionasen en la vía pública; indicó asimismo que las obras e instalaciones necesarias para la internación estarían a cargo de los permisionarios, las cuales quedarían incorporadas a los inmuebles a los que accedieran, sin reembolso; dejó constancia de que los permisos para realizar las actividades según el régimen del decreto se otorgarían con carácter precario durante cinco años y que podrían ser revocados por razones de interés público o por cambio de destino del organismo; puso a cargo de la Municipalidad la tarea de determinar las zonas y lugares de internación –*así como las características arquitectónicas, el área de ocupación, etc.*- y de aprobar los presupuestos y las obras que se ejecutasen; estableció un régimen de prioridad para la obtención de los permisos y los supuestos de caducidad e indicó que las actividades que se desarrollaran en las ferias internadas debían sujetarse a las disposiciones de las ordenanzas N° 19.409, 20.886 y demás normas complementarias aplicables a los permisionarios minoristas municipales.

## *Poder Judicial de la Nación*

En virtud de este Decreto, la Municipalidad dictó la Ordenanza N° 22.302 del 4/4/67, por medio de la cual dispuso el destino de una serie de lugares de dominio público municipal detallados en el instrumento para internar las ferias francas que en cada caso se indicaron. Nos interesan los motivos de la norma expresados en sus consideraciones, por haber antecedido a la ordenanza N° 22.323/67 –del 7 de abril de 1967-, por medio de la cual se dispuso el destino de la “Plazoleta delimitada por las calles Maipú, San Martín, Madero y vías del Ferrocarril Gral. B. Mitre y Administración Gral. de Puertos” para internar la feria franca N° 71.

En la dirección indicada, se consideró necesario promover la inmediata ejecución del plan de internación de ferias francas, por ser uno de los capítulos básicos del plan de ordenamiento y transformación trazado para ese año, arbitrando las medidas de gobierno que facilitarían su realización; que en diversos lugares del dominio público Comunal funcionaban desde hace tiempo *organismos minoristas de abasto*, emplazados en forma precaria y sin reunir las condiciones adecuadas a la importancia del *servicio* que prestan a la comunidad (*el destacado nos pertenece*); que el régimen estatuido por el decreto N° 959 posibilitaba transformar dichas ferias francas en modernos centros de abasto, asegurando la continuidad de la prestación, mejorando sus condiciones sanitarias y el aspecto estético de los sitios que ocupaban en ese momento. Se dejó constancia asimismo de que se había recibido consejo en ese sentido por la Secretaría de Abastecimiento y Policía Municipal.

La Ordenanza N° 24.415, del 8/7/68 (*vid. fs. 269/270*) ilustra también las funciones que venían a desempeñar los Centros de Abastecimiento Municipal, alejadas, por cierto, del funcionamiento de un mercado o comercio privado. Cuando dispuso modificar la ordenanza 22.323 en lo que se refiere al destino de la plazoleta delimitada por Bouchard, Madero y Viamonte para la internación de la feria franca N° 70 consideró que, según los estudios realizados en función de los lineamientos fijados por la Municipalidad para la erradicación definitiva de los organismos de abasto instalados en la vía pública, aquella zona era un conglomerado típicamente comercial y carente de núcleos habitacionales, circunstancia que tornaba innecesaria la instalación de la feria en ese lugar. En esta dirección, se estimó que con el funcionamiento de la feria N° 71 –*es decir, la involucrada en las actuaciones*-, se cubrirían ampliamente las necesidades de abastecimiento del radio de influencia de ambos organismos. En consecuencia, se dejó sin efecto la internación en la plazoleta anteriormente mencionada.

La específica finalidad de estos organismos se grafica también con la lectura de la ordenanza N° 3032/74 reservada en el anexo N° 4, relativa a la reglamentación del funcionamiento de puestos fijos en la vía pública para la venta de productos alimenticios,

dictada en el marco del régimen de adjudicación de los permisos que posibilitaran el desempeño de personas en los centros de abasto minoristas y vía pública dependientes de la Dirección de Abastecimiento y Consumo. Dicha norma establece que dichos permisos serían otorgados por la Dirección de Abastecimiento y Consumo exclusivamente para la venta de productos alimenticios que integrasen la canasta familiar en lugares insuficientemente abastecidos. Por su parte, aunque no resulte de aplicación al caso que nos ocupa por haber sido dictado con posterioridad a la venta investigada en la causa, cabe traer a colación, por referirse a la finalidad de los organismos a los que nos referimos, el decreto N° 1795/2002 de la Ciudad de Buenos Aires, relativo a las ferias itinerantes de abastecimiento barrial (*vid. Lexis N° LGBADE1795/2002*). El instrumento alude a la reglamentación vigente hasta ese momento relativa a la instalación de las ferias francas en la ex Municipalidad de Buenos Aires, dependientes de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor (*ex Dirección General de Comercio Interior*). Tuvo en cuenta que la modalidad de venta aludida, implementada desde el año 1990, se fundamentó “...en las irregularidades y alteraciones en el funcionamiento de las cadenas de comercialización, que contribuían a configurar un estado de emergencia económica, lo que hacía necesario asegurar el abastecimiento de productos básicos de la canasta familiar, la formación de precios y el acceso directo a la ciudad de los productores y elaboradores, sin intermediarios, en la distribución de mercaderías a los consumidores...”; que el funcionamiento de dichas ferias tuvo continuidad, mediante la instalación de zonas francas en diferentes barrios que, en ese momento, sumaban nueve, donde se comercializaban productos que integran la canasta familiar, con atención personalizada; que en el momento de la sanción del decreto, regía legislación de emergencia (de reforma pública y del régimen cambiario) que había provocado la desaparición de la paridad cambiaria y que resultaba necesario, según lo estipulado por el art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afectan; que por ello, correspondía también crear un registro de postulantes que pudieran convertirse en operadores de las ferias itinerantes de abastecimiento barrial. En función de tales consideraciones, dispuso autorizar la instalación de las FIAB –*en reemplazo de la denominación de las zonas francas*-, previo el régimen aplicable así como el texto del convenio de permiso de uso precario de Ferias Itinerantes de Abastecimiento Barrial.

Por último, no es posible pasar por alto, en el mismo sentido al que hemos venido aludiendo, el dictamen del 10 de febrero de 1966 de la Dirección de Paseos (anexo N° 8) relativo a la propuesta de la Dirección Municipal de Abastecimiento consistente en restablecer la feria franca N° 91 –*que por medio de una ordenanza se había trasladado a la*

## *Poder Judicial de la Nación*

*calle Gurruchaga, entre Gorriti y Honduras*- en su ubicación anterior, plazoleta de Serrano y Honduras, en función de que esta última carecía de obras de jardinería. La dirección que presentó el dictamen estimó que a través del desplazamiento de la feria a la nueva ubicación objetada por la dependencia citada, se libraba al uso público el espacio que ocupaba la feria, asignado como plazoleta dentro de la nómina de espacios libres bajo jurisdicción de aquella repartición y que integraba, con independencia de su conformación, los sitios a los que se refería la Ordenanza N° 19.907, al disponer que “tampoco podrán funcionar en plazas, parques o paseos públicos...”. La Dirección consideraba que tales razones hacían valedera su posición, en el sentido de retrotraer a su destino específico espacios libres que se encontraban ocupados con instalaciones ajenas a la función que debían cumplir, desvirtuando la finalidad para la que habían sido destinados.

Volviendo al relato de los hechos, cabe señalar que tras el decreto PEN 959/67 y las ordenanzas pertinentes citadas, habría funcionado, hasta la venta cuestionada en autos, el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71.

Sin perjuicio de desconocerse, por el momento, la fecha concreta en la que se habría llevado a cabo la obra de mampostería (*pues no se recabaron los planos, sus aprobaciones y demás documentación a la que alude el decreto del Poder Ejecutivo Nacional relativo a la internación de ferias francas*), los antecedentes sintetizados dan cuenta de que en el lugar funcionó un mercado aunque no uno común, sino un centro de abastecimiento comunitario que se internó en la zona de acuerdo, por un lado, con la necesidad de cubrir las necesidades de abasto del lugar respecto de productos de la canasta familiar, a precios controlados; por el otro, para dar una respuesta a la situación de hecho relativa a la instalación espontánea de ferias ambulantes.

Ello se advierte a poco que se repare en los términos de la ordenanza que reglamentó el decreto PEN 959/67 y que dispuso el destino de la “plazoleta” que nos ocupa para la internación de la feria franca N° 71, así como en aquella que ordenó dejar sin efecto una disposición anterior atinente a la internación de la feria N° 70 pues las necesidades de abastecimiento de la zona estaban cubiertas por el CAM que nos ocupa. En esta dirección, también es preciso no perder de vista el hecho de que la liberación de la plazoleta ubicada en Serrano y Honduras en orden al traslado del mercado N° 91 no implicó, como se pretende en autos, la posibilidad de vender el predio sino que la mudanza de la feria obedeció, en cambio, a la necesidad de retrotraer el bien a su destino anterior (*espacio libre*), sin peligro de cumplir con la finalidad relativa a los CAM en un lugar que fuera apto para ello.

Ahora bien, según hemos visto, el segundo argumento principal, acogido por el juez como clave de su afirmación relativa a la licitud de la venta del predio *–en el que*

*funcionaba el CAM N° 71 y que había sido destinado, en 1924, para la creación de la Plaza Salvador María del Carril (junto con la manzana 67 A con la cual conformaba, por entonces, una manzana 67 sn subdivisiones catastrales-*, consistió en que la internación del mercado en el lugar mediante los actos anteriormente citados tuvo un significado normativo de desafectación tácita del bien al uso público y, en consecuencia, su mudanza al régimen correspondiente a los bienes de dominio privado (*art. 2342 CC*).

En cambio, el caso contrapuesto (*representado por las presentaciones del Ministerio Público como de quienes formularon la denuncia*) se concentró, en lo que concierne a este asunto, en que se habría llevado a cabo la venta sin desafectación formal previa, por lo cual se habría negociado un bien que está fuera del comercio.

Cabe señalar que “desafectar” un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público, para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. No actúa como causa extintiva del dominio, sino como una modificación de un régimen jurídico –el bien se torna enajenable, prescriptible, embargable y regido, por ejemplo, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado (*Marienhoff, op. cit. ps. 212 y 213*).

Más allá de la discusión relativa a los medios y al modo de llevar a cabo la desafectación, rige en la materia un criterio restrictivo, pues no debemos olvidar que el pueblo es el titular del dominio de las dependencias “dominiales” y que precisamente por ello, la administración está a cargo de su protección o tutela y, en ese orden de ideas, dispone de un excepcional privilegio: procede directamente por sí misma, sin necesidad de recurrir, como un particular, a la vía judicial. Actúa así unilateralmente, por autotutela, a través de sus propias resoluciones ejecutorias.

Según hemos visto, para el juez ha mediado –y es válida- una desafectación tácita del bien mediante la instalación –*normativa y fáctica*- del CAM N° 71. Adscribió, en consecuencia, a la postura que admite que en el caso de los bienes públicos artificiales no es precisa una desafectación formal (*por ley o acto administrativo dictado por autoridad competente*) sino que basta la implícita, consistente en que, por medio de hechos o actos llevados a cabo o asentidos por la autoridad competente para realizar la desafectación, se exprese la voluntad unívoca de esta última en ese sentido, es decir, de sustraer el bien del uso público –por ejemplo, según explica el autor citado, mediante el traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado, aunque cuestiona, en otro sentido, el hecho de que el “abandono”, “descuido” o “deterioro” pueda ser tomado como una voluntad unívoca en el sentido

## *Poder Judicial de la Nación*

indicado pues, “...una mala administración continúa siendo una administración...” (*op. cit.*, ps. 240 y 242).

Sin pretender dar una respuesta a esta controversia, entendemos que aun cuando se aceptara en abstracto esta modalidad de desafectación, ni siquiera sería aplicable al caso que nos ocupa pues, según veremos, los actos reseñados con antelación no expresan en sentido unívoco una voluntad en el sentido pretendido, intelección compatible con el criterio restrictivo al que se ha aludido.

Es preciso tener en cuenta para el análisis cuatro órdenes de ideas. El primero, relativo a que el destino de un bien de dominio público para el otorgamiento de un servicio público, no se traduce en su desafectación por los límites naturales al uso directo por parte del pueblo, sino que el bien puede mantener la afectación aunque mediante un uso indirecto (*es decir, mediante la prestación del servicio*). El segundo, vinculado con que las obras públicas a las que se refiere el art. 2340, inc., CC, pueden estar representadas por edificios construidos, por ejemplo, para mercados públicos –*cuando, por cierto, éste sea efectivamente abierto al uso público*– (*cf. op. cit., p. 197*). El tercero, que el cambio de destino en una cosa “dominial” no requiere una nueva afectación, pues siendo su efecto someter la cosa al “régimen de dominialidad”, a raíz del destino primitivo la cosa se encuentra ya sometida a dicho régimen por lo que el cambio de uso no modifica la situación legal o status del bien: continúa siendo público y sometido al régimen de dominialidad (*cf. op. cit., p. 203*). Por último, el relativo a que, según hemos visto, una mala administración continúa siendo administración, por lo cual, aunque hubiese sido errada la instalación de un mercado municipal en una plaza (*en cuyos alcances nos concentraremos seguidamente*), no por ello el inmueble se transformó automáticamente en un objeto enajenable, sometido a un régimen de derecho privado.

De acuerdo con estos lineamientos y aunque, desde algún punto de vista resulte cuestionable la construcción de un mercado en una plaza, existen básicamente dos datos que obstan a la afirmación del juzgador: uno de ellos consiste en el carácter en que se entregó el predio a los feriantes; el segundo, en el tipo de organismo instalado. Según las constancias reseñadas, quienes se instalaron en el predio lo hicieron con permisos de uso precario, es decir, la forma jurídica adecuada para atribuir y reglar el uso de las dependencias del dominio público compatible con su inajenabilidad (*Marienhoff, op. cit., p. 299*). Por otro lado, los permisionarios debían abonar un canon como contrapartida del uso de la fracción de terreno a cambio de poder abastecer los productos controlados por medio del poder de policía municipal dedicado al abastecimiento y consumo de la sociedad.

Por ello, según las condiciones establecidas por la normativa que dispuso la internación del CAM N° 71 así como los términos del permiso de uso precario para los

feriantes y aun cuando sea posible discutir si el destino que se dio a la fracción de terreno era compatible con el de una plaza o no, lo cierto es que también versó al uso público – *aunque se interprete que lo hizo en forma indirecta*-. En consecuencia, no encuentra asidero la afirmación de una voluntad unívoca expresada por hechos o por asentimiento de quitar el bien del régimen de derecho público al que se encontraba sometido –*tesitura que puede leerse, asimismo, en el dictamen de la Dirección de Paseos en relación con la plazoleta de Serrano y Honduras*-.

Las apreciaciones que anteceden se fortalecen si se tiene en cuenta que, en el expediente municipal N° 119.590/90 *-relativo a la venta del inmueble que nos ocupa-*, tras las primeras gestiones en las cuales se dejó constancia de que no era posible encuadrar el centro de abastecimiento municipal N° 71 en el marco del decreto Municipal 4962/90 por ser de propiedad del Estado Nacional, se adjuntó una nota –*que obra en fotocopia, sin fecha cierta, lo cual debió en sí mismo ser motivo de investigación*- con una firma atribuida al ex intendente, Carlos Grosso y dirigida a la Presidente de la Comisión de Venta de Inmuebles Estatales del Ministerio de Economía de la Nación –*cuya intervención se requería para el trámite de venta según lo estipulado por los decretos PEN 449/91 y 2137/91 y el Municipal N° 4962/90, según se aclara*-, mediante la cual le solicita que contemplara la venta del predio donde funcionaba en ese momento el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71, “...pues en virtud del plan de privatizaciones encarado por el Poder Ejecutivo Nacional, esta Comuna a mi cargo ha implementado para los Centros de Abastecimiento Municipales, el Decreto N° 4962-90...”. En consecuencia, se considera de especial interés que se acceda a la solicitud de la sociedad constituida por los permisionarios, “...ya que, a la fecha, el 70% de los organismos de estas características que son de propiedad de la comuna ya han sido privatizados y el resto en trámite con intención de compra. De tener curso favorable la gestión aquí planteada, se lograría el objetivo fijado por el Poder Ejecutivo Nacional de privatizar los centros de abastecimiento municipales con el menor costo social posible, toda vez que la venta de los mismos a sus propios permisionarios significa asegurar sus fuentes de trabajo...” (*vid. fs. 34 del expte. en cuestión*).

La nota alude a las funciones del organismo y a la necesidad de “privatizarlo” y venderlo a los permisionarios. Se reconoce, en consecuencia, que no se trata de un mercado sometido a las reglas de los negocios del derecho privado, de conformidad con la tesitura que se ha expuesto.

En consecuencia, no es posible sostener que la creación del mercado, su otorgamiento a los feriantes con permiso precario y el ejercicio del poder de policía sobre los productos abastecidos, hubiesen convertido tácitamente al bien en uno negociable. Tales actos revelan, en verdad, una voluntad contraria a la pretendida por los defensores.

## *Poder Judicial de la Nación*

Entendemos que tampoco podría adquirir dicha significación la venta directa en sí misma aprobada por el decreto municipal N° 1643/92, pues un acto administrativo que disponga la venta directa de un bien “dominial” resulta ilegítimo por enfrentarse con el régimen aplicable a estos últimos. No tendría sentido alguno la especificidad de la protección asignada a esta clase de bienes en caso de que, sin previa desafectación fundada –*como todo acto de gobierno*- se dispusiera la venta directa de un bien fuera del comercio.

**IV.2)** Ahora bien, más allá de que las conclusiones del apartado anterior quiebran la clave de la decisión apelada, es preciso analizar ahora todos los aspectos de la maniobra atribuida a los imputados –*que según hemos expuesto, fueron indebidamente recortados del examen*-.

De acuerdo con lo sintetizado y en lo que atañe a esta perspectiva, las defensas insistieron en la ausencia de perjuicio y en la regularidad de la venta del bien al valor de plaza.

Sin embargo entendemos que la maniobra consistente en haber presentado como un bien dentro del comercio un inmueble del dominio público permitió llevar a cabo su venta mediante un mecanismo muy específico (*previsto para bienes fiscales innecesarios para la gestión*) y excepcional dentro de la propia especificidad (*contratación directa*) por un precio vil. Ello es así en tanto que, para determinar su precio, no era posible computar los índices habitualmente utilizados en el negocio inmobiliario, atendiendo por un lado, a las restricciones establecidas por el Código de Planeamiento Urbano para la construcción sobre el predio (*zonificado como “Urbanización Parque”*); por el otro, a que en orden a su ubicación y función estratégica –*según veremos luego*- tampoco podía recurrirse al método comparativo por falta de inmuebles de similares características que estuviesen dentro del comercio dentro de la zona. Sin embargo, el terreno se vendió como baldío, por la suma base de U\$S 400.000 –*es decir, ni siquiera por el de venta estimado por el Banco Hipotecario Nacional en una dudosa valuación, ni con las “mejoras” valuadas en U\$S 180.000*- haciendo mengua de todos aquellos caracteres que lo tornaban único en la ciudad. Así, en orden a las consideraciones siguientes, está claro que se habría ocasionado un perjuicio para el erario público mediante la sustracción del bien del dominio público y su intercambio por un precio vil, inadecuado por cierto frente a los caracteres del inmueble que, según dijimos, lo tornaban único.

En esta dirección, el Cuerpo de Peritos Tasadores de la CSJN informó a fs. 314/315, a la luz del cometido de establecer la valuación de las parcelas 67 A y B de esta ciudad, que la solicitud recayó sobre un predio de características muy específicas, pues se trata de la Plaza “Salvador María del Carril”, ubicada entre las Av. Ramos Mejía, calle Martínez Zuviría, Gilardo Gilardi y San Martín, surcada por las vías del ferrocarril General

Manuel Belgrano, la cual forma parte de un paseo metropolitano que comprende un conjunto de plazas públicas.

Explicó en cuanto a sus características, que el tipo de recursos arquitectónicos utilizados responde a necesidades de organización del espacio urbano, en especial, para resolver el encuentro de diversos ejes de circulación metropolitana. En el caso, abarca la confluencia de vías de circulación de significación tal como las estaciones cabeceras de ferrocarril y deriva a Avenidas de transporte de carga correspondiente a la producción procedente de todo el territorio de la Nación hacia el puerto de Buenos Aires. Por ello, consideró que, desde todo punto de vista, el predio está ubicado estratégicamente.

Por otro lado, hizo saber que como nudo de circulación, atiende también las necesidades de traslado de pasajeros con numerosas paradas de colectivos por la Avenida Ramos Mejía y Avda. Gilardo Gilardi y se completa con la estación terminal de Subterráneos de Buenos Aires y de Ómnibus. Asimismo, forma un conjunto visual de primer orden, pues se erige como un hito urbano de características orientadoras para el movimiento poblacional, de circulación peatonal y vehicular, de movimientos migratorios a nivel nacional y de referencia a los pasajeros de procedencia internacional. Finalmente, en lo que atañe a su aspecto visual, constituye un diseño renacentista donde se utilizan las perspectivas mediante monumentos que precedentemente orientan las visuales sobre campos de espacios verdes formados precisamente por las plazas.

Ahora bien, según hemos visto, el perito indicó que dentro del Código de Planeamiento Urbano, la plaza fue categorizada como “Urbanización Parque”—*ver plancheta adjunta*- y que, fuera del valor organizativo del espacio urbano, todo terreno vale lo que se le puede construir encima. Sin embargo, los distritos “UP” corresponden, según el art. 5.4.10 del CPU a zonas destinadas a espacios verdes o parquizados de uso público, delimitados según los planos de zonificación, sobre los cuales el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires podrá autorizar obras de exclusiva utilidad pública que complementen y no alteren su carácter.

El perito concluye que en la situación operativa en la que se encuentra, designado para uso de parque de la Ciudad, no constituye un inmueble que se pueda ofrecer a la venta en el mercado Inmobiliario por lo cual, no tiene valor venal, ni por método comparativo *-que es el que se aplica en el mercado inmobiliario-*, ni por método de incidencia *-que resultaría de la cantidad de metros cuadrados que se autoriza a edificar-*.

Más allá de lo expuesto, tampoco es posible perder de vista que en el lugar, al momento de la venta, funcionaba un centro de abastecimiento municipal, en el cual los permisionarios debían abonar un canon como contrapartida del permiso para ocupar el lugar y prestar el servicio. Al establecerse el precio de venta *-que no distingue, de acuerdo*

## *Poder Judicial de la Nación*

*con lo que se desprende del expediente municipal, entre el predio base del mercado y entre el centro de abastecimiento municipal como organismo, en el cual los feriantes venden productos contra el pago de un precio, con sujeción a las regulaciones establecidas por el ex Municipio en ejercicio del poder de policía-* tampoco se tuvo en cuenta la actividad que se llevaba a cabo en el lugar.

Fueron las razones apuntadas precedentemente por las cuales el arquitecto Osvaldo Berra, encargado de la valuación en el expediente de venta, expresó que el predio estaba zonificado como Urbanización Parque y que, en consecuencia, no era posible establecer su valor de venta.

Pese a este informe, tan sólo unos días después, a una foja de por medio dentro del expediente municipal y mediante una fotocopia que recién a pedido del contador General de la Municipalidad poco antes del dictado del decreto Municipal de aprobación del trámite de venta N° 1643, se autenticó, se presentó una valuación del bien *—en cuyas características se detalló únicamente “terreno” y “superficie”, que se estableció en 1640 m<sup>2</sup>, cuando de la escritura surge una superficie mayor (1695,68 m<sup>2</sup>)-* practicada por el Banco Hipotecario Nacional por la suma de \$ 400.000 *(como valor base)* y por la de \$ 450.000 *(valor de venta probable)*. Dentro de las observaciones se detalló lo siguiente: *“En el predio funciona el centro de abastecimiento N° 71 (en el avalúo se consideró como terreno baldío). Las mejoras se estiman en \$ 180.000. Zonificación UP”*.

Según lo expuesto, de haberse seguido el procedimiento específico para los bienes del dominio público, habría correspondido desafectarlo del uso público mediante un acto fundado y su correcto ingreso en el mercado inmobiliario habría obligado a sopesar, dentro de su valor, todos aquellos caracteres que tornan único al inmueble en cuestión y en el que funcionaba, además, un centro de abastecimiento municipal. Sin embargo, según hemos visto, se vendió como terreno baldío *—y dentro de las disposiciones de emergencia vinculadas con la “venta de inmuebles fiscales innecesarios”-* la parcela 67 A afectada en el año 1924 al dominio público, destinada a la creación de la Plaza Salvador María del Carril *—en el marco del emprendimiento del Parque de Retiro que exigió, entre otras cosas, la demolición de monumentos históricos y el celo público de una serie de sitios que, de ese modo, se sacaron del comercio-*, donde a partir de 1967 se habría instalado provisoriamente *—mediante el otorgamiento de permisos precarios-* el Centro de Abastecimiento Municipal N° 71 con el fin de cubrir las necesidades de abasto en la zona de productos de la canasta familiar a precios regulados y para resolver, además, el problema de la instalación informal-ambulante. En otras palabras, se vendió como un bien estéril, sin función social ni significado histórico a una sociedad que llamativamente se constituía e inscribía

contemporáneamente con el dictado del decreto Municipal N° 4962/00 que preveía la regularización de los inmuebles de asiento de los CAM.

No es casual, en esta dirección, la distinción establecida en cuanto al régimen de venta de los inmuebles de asiento de los CAM en el decreto PEN N° 449/01 –*la cual no surgía de un proyecto del instrumento que había llegado a manos de la Escribanía General de la Ciudad, la cual lo aportó a fs. 107-*. En efecto, los incluidos en el Anexo II fueron desafectados del “dominio público municipal” mientras que los contenidos en el anexo III –*entre los que se encontraba el que nos ocupa-* fueron vendidos por venta directa sin previa desafectación. El del caso que nos ocupa fue incorporado inexplicablemente en el anexo III, al igual que lo fue, por ejemplo, aquel en que se asentaba el CAM N° 74 –*inmueble de propiedad del I.N.P.S. (es decir, fiscal) de acuerdo con lo que se desprende de la causa del registro N° 19.540 de la Sala II de este Tribunal, causa N° 18.173, rta. el 12/3/02-*. Esta diferencia impide acoger la defensa a la que nos referimos con antelación en el sentido de que el mercado habría provocado la desafectación tácita pues, en ese caso, no se explica la desafectación de aquellos inmuebles del “dominio público municipal”, asiento también de CAM. Por lo demás tampoco resultan inteligibles las explicaciones realizadas por el escribano Etchegaray al prestar declaración testimonial, en el sentido de que la mención de “dominio público municipal” no tiene efectos jurídicos en la dirección apuntada –por cuanto el dominio público es sólo nacional o provincial-. Ello es así por cuanto, de asistir razón al notario, no se habría efectuado la distinción en cuestión y, en segundo lugar, la clasificación de bienes del dominio público nacional, provincial o comunal atiende no a la titularidad de los bienes sino que se vincula con la jurisdicción, es decir, con la entidad habilitada para regular lo atinente al uso de las respectivas dependencias dominiales y en esta dirección, no se explica la razón por la cual se extrae de la clasificación los bienes de dominio público municipal (*cfr. Marienhoff, op. cit., p. 179*).

Habiéndose determinado los alcances de la maniobra ocultos bajo la clave de la resolución, también revertida y, en consecuencia, establecida la materialidad del suceso investigado corresponde estudiar, en el acápite siguiente, las intervenciones –y sus significaciones normativas- de los imputados que prestaron declaración indagatoria a la luz, asimismo, de sus respectivos casos.

## V.-

V.1) Según el desarrollo realizado hasta el momento, la maniobra comenzó a gestarse, al menos en forma contextual, desde la sanción del Decreto Municipal N° 4962/00, por medio del cual, el ex Intendente de la Ciudad de Buenos Aires –*con anterioridad a la reforma constitucional de 1994-*, Carlos Grosso, dispuso en función del decreto PEN 1757/90 de reforma del Estado y Emergencia Económica (*arts. 14 y 117*) la

## *Poder Judicial de la Nación*

regularización de los bienes inmuebles en los que se hallaban asentados los Centros de Abastecimiento Municipales y, en su caso, la venta a los permisionarios interesados en la compra, siempre y cuando se hubiesen constituido en sociedad según los tipos de la ley de sociedades comerciales.

En forma contemporánea, llamativamente se inscribía en la Inspección General de Justicia, la Sociedad Anónima denominada “Nuevo Retiro Sociedad Anónima” compuesta, supuestamente, por los permisionarios del CAM N° 71 *–aunque con independencia de las escuetas certificaciones contenidas en el expediente municipal (fs. 42 y 43), no se ahondó en establecer la correlación exigida en el decreto ni en el pago efectivo por parte de los socios de los cánones correspondientes a los permisos, por ejemplo, mediante el requerimiento del expediente del CAM N° 71 a la Dirección de Comercio Interior y Abastecimiento de la ex Municipalidad, de donde surgieran los antecedentes de instalación de los feriantes, la cantidad de puestos, los permisos de uso precario en vigencia, el régimen de los permisos y de las obras realizadas en los términos del decreto N° 959/67, etc.-.*

Paralelamente, presentó una nota ante la Municipalidad para solicitar su inclusión en el régimen del decreto 4962/00 e interesarse por la compra del inmueble, aunque la entidad contestaba que aquél pertenecía al Estado Nacional, sin perjuicio de lo cual se gestionaría la regularización.

Fue así que poco tiempo después, el 20/3/91, se dictó el decreto Nacional N° 449/01, firmado por el ex Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem y refrendado por el ex Ministro de Economía, Domingo Felipe Cavallo, en función del decreto PEN 1757/00, por medio del cual se disponía la venta, dentro del régimen del decreto municipal citado, de los bienes inmuebles de propiedad del Estado Nacional en los que funcionaban los CAM, enumerados en el anexo III y se autorizaba al Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires a suscribir la documentación necesaria a tales fines. En dicho anexo, se detallaba el predio que nos ocupa, respecto del cual se detallaba que no poseía plancheta catastral.

El 10 de enero de 1992 la Administración General de Inmuebles Fiscales requería la tasación del predio al Banco Hipotecario Nacional, quien la habría acompañado en copia el 23 de enero de 1992, tras la cual María F. Marquez Miranda, Directora Dominial Registral de la Administración General de Inmuebles Fiscales del Ministerio de Economía y de Obras Públicas disponía la venta directa de acuerdo con el decreto municipal N° 4962/90 y pidió que luego se les hiciera llegar la propuesta para cumplir con lo dispuesto en esa norma y en el decreto PEN 2137/91 (*de venta de inmuebles fiscales, modificadorio del N° 407/91*).

Tras este trámite, por medio del decreto Municipal N° 1643/02, también suscripto por Grosso, se dictó el acto administrativo que disponía la venta del inmueble según aquella conformidad, con ajuste al decreto PEN 2137/91, 449/91 y el Municipal N° 4962/90. Así, el 25 de agosto de 1992 el nombrado firmó el boleto de compraventa con el Presidente y Vicepresidencia del Directorio de la sociedad adquirente, luego se llevó a cabo la protocolización del primer título del inmueble y, el mismo día, se otorgó la escritura traslativa de dominio –*suscripta por el nuevo intendente, sobre la base de la autorización del decreto N° 449/01 y los representantes de la sociedad, ante la Escribanía General del Gobierno-*.

V.2) Ahora bien, en orden al análisis desarrollado en el punto IV a la luz de las pruebas descriptas en punto III y en revisión del criterio del pronunciamiento apelado, entendemos que la figura aplicable –*según el juicio normativo provisorio exigido para tamizar la imputación-* al caso es la del art. 261, primera parte, C.P. que prohíbe la conducta del funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Toda vez que la relación funcional de los imputados con el bien en cuestión se encuentra estrictamente vinculada con el contenido de sus respectivas defensas, primero analizaremos los elementos típicos de menor controversia.

En primer lugar, más allá de ciertas divergencias doctrinarias, se sostiene que la norma en cuestión protege principalmente la recta administración del patrimonio estatal, aunque no por ello, el patrimonio deja de tener importancia –*por ello la categorización doctrinaria del delito como dirigido contra la administración pública, aunque también, contra la propiedad-*.

Hemos visto que en el *sub-lite* no sólo se mudó el régimen jurídico aplicable –*y, de este modo, el Estado incumplió la función tutelar-*, sino que tal cambio permitió incluir al inmueble en un régimen de venta específico y venderlo a un precio vil –*según el estudio realizado con antelación-*.

En segundo lugar, en cuanto al objeto material de la figura, se ha entendido que el art. 261 C.P. incluye, bajo la expresión “caudales” o “efectos”, toda clase de bienes en el sentido del art. 2312 del CC (*cfr. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tea, 4° edición, parte especial, 1987, Tomo 5, p. 224, quien realiza una interpretación contextual en función de lo estipulado por el art. 263 C.P.*).

En tercer lugar, sustraer significa extraer o quitar los bienes de la tenencia –*efectiva o simbólica-* con que en el ámbito administrativo han sido colocados por leyes, reglamentos u órdenes, lo cual, se entiende, no exige la apropiación (*Creus, Carlos, “Delitos contra la administración Pública”, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 325 y 26*).

## *Poder Judicial de la Nación*

Cabe señalar al respecto que, según lo expuesto en relación con los bienes de dominio público, el Estado no puede disponer de ellos sino que sólo los administra.

En el caso, la mudanza ilegítima de dicho régimen jurídico específico y, en consecuencia, su disposición infundada, se transformó en un acto de sustracción que, según hemos visto, se conformó en una maniobra compleja pues más allá de la quita de la tutela debida, el cambio en cuestión sirvió de puntapié para el ingreso del bien en un régimen de venta muy específico y por un precio vil, lo cual implicó la sustracción de la diferencia en función de la liquidación impropia realizada.

Ahora bien, en cuanto a la relación de los funcionarios públicos con el bien, la norma en cuestión exige que aquellos, en razón de su cargo, tengan la administración, percepción o custodia del caudal o efecto sustraído. En cuanto a la administración, se entiende, en general, que el funcionario que administra es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, posee facultad de disposición, de afectarlos a un destino determinado. Esta facultad de gobernar o de regir no entraña, necesariamente, la posesión material de los bienes.

En lo que respecta a la administración, ella no siempre recae en un solo funcionario; hay casos en que aparece confiada simultáneamente a más de uno (*por ejemplo, directorios, comisiones, juntas, etcétera*). Así, la función no estará confiada a un solo funcionario cuando el acto de disposición de bienes deba resultar de su decisión integrada por la de otros funcionarios. En otras palabras, no se requiere una competencia exclusiva y excluyente; sólo, la competencia funcional (*cfr. Carrera, Daniel, "Peculado", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, ps. 139/140*).

Una de las defensas centrales de los imputados, se concentró en atribuir a otro ámbito de jurisdicción las facultades de administrar el bien o, en su caso y sobre la base de la división de funciones, la posibilidad de confiar en que las instancias burocráticas anteriores y, en especial, aquellas más cercanas al bien, se comportaron conforme a derecho. Esta defensa basó también la referida a la atipicidad subjetiva.

Según el desarrollo anterior, lo cierto es que aun cuando originariamente el bien hubiese pertenecido al Estado Nacional, el inmueble se encontraba afectado al uso público mediante la ordenanza N° 1434. Ahora bien, la internación del centro de abastecimiento municipal en el bien de dominio público obedeció a lo dispuesto por el decreto 959/67 y la ordenanza dictada en consecuencia, según los cuales, la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires era la habilitada para determinar los lugares de dominio público o privado destinados a la internación de los centros de abastecimiento municipal, la encargada de otorgar los permisos de uso correspondientes y de ejercer el poder de policía municipal en lo que respecta a abastecimiento y consumo.

Hemos visto asimismo que mediante el decreto de emergencia del 5/9/90, N° 1757, los entes y organismos del art. 1° de la ley 23.696 debían regularizar la situación de los inmuebles de propiedad del Estado cedidos por locación, comodato u otra figura jurídica y asimismo se facultaba al organismo en cuya jurisdicción se encontrare registrado para transferir el dominio si el tenedor se hubiese interesado, para lo cual se requería la previa intervención de la Administración General de Inmuebles Fiscales de la Subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Economía –disposiciones de aplicación obligatoria para la Municipalidad de Buenos Aires, cuando concernieren a su competencia (art. 117)-.

Sobre la base de este decreto es que se dictó el Municipal N° 4962/90, donde se establecía que la Subsecretaría de Producción debía regularizar la situación existente en relación a los inmuebles de *propiedad municipal*, cedidos con permiso de uso precario u otra forma jurídica y que funcionaban como CAM o Mercados Comunitarios, mientras que se establecía la modalidad de venta en caso que los tenedores se interesaran por la compra del predio a la cual nos hemos referido.

Mientras, el 10 de octubre de 1990, es decir, días después del decreto municipal, se constituía la sociedad “Nuevo Retiro Sociedad Anónima”, supuestamente constituida por los permisionarios de la Feria. No tardó en presentarse, el 4/12/90 una nota a la Subsecretaría de Producción mediante la cual los flamantes representantes legales de “Nuevo Retiro S.A.” solicitaban que se vendiera a dicha sociedad el predio del CAM N° 71, en los términos del decreto nacional y del municipal detallados, sin desconocer que el predio era de propiedad del Estado Nacional –*según se especifica en la misiva*-, por lo cual requerían que se realizaran las negociaciones correspondientes. En el mismo mes, dicha dependencia municipal informaba que el predio era de propiedad del Estado Nacional por lo cual la Municipalidad no podía disponer de él; aunque se comprometían a efectuar las gestiones necesarias para regularizar la situación (*fs. 25 expte. municipal*).

Ahora bien, fue en este contexto que el ex Presidente Menem y el Ministro de Economía, Felipe Cavallo, incluían dentro del régimen del decreto 1757 y del decreto Municipal 4692/90 el inmueble en cuestión como inmueble *fiscal* del Estado e innecesario para su gestión (decreto N° 449/91) y disponían, en consecuencia su venta. Por otra parte, no es menor destacar que, de acuerdo con el expediente municipal, el procedimiento que se aplicaba para realizar la contratación directa era, según se expresa en el decreto Municipal 1643/92 el previsto por el decreto PEN 407 y luego, el 2137 –*que, por otro lado, prevén la contratación directa como mecanismo excepcional pues, como regla, correspondía realizar una licitación pública o remate*-.

## *Poder Judicial de la Nación*

Así, no sólo se trataba como un bien de dominio privado el inmueble en cuestión, sino que además, se lo incluía en un régimen excepcional de venta dentro de aquel de emergencia, previsto para inmuebles fiscales innecesarios.

Por otro lado, el decreto autorizaba al intendente municipal para suscribir la documentación relativa a la venta. Sobre la base de los decretos PEN 449/91, 2137/91 y el Municipal N° 4962/90, en noviembre de 1991 se retomaba el trámite de venta del inmueble (*fs. 33 del expediente municipal*) y de ese modo el intendente Grosso elevaba la nota sintetizada con antelación a la Comisión de Venta de Inmuebles Estatales del Ministerio de Economía.

Así, bajo la dirección del ex Intendente y una vez que el inmueble perdió la tutela correspondiente al régimen de “dominialidad”, se llevó a cabo la valuación de la forma antes indicada pese a la advertencia expresa del Arquitecto Berra en el sentido de que no era posible determinar su precio por estar zonificado como distrito UP.

Tras el informe en ese sentido del Banco Hipotecario Nacional, la Dra. Marquez Miranda, Directora Dominial Registral de la Administración General de Inmuebles Fiscales, le indicaba a la Municipalidad de Buenos Aires que procediera a la venta directa del predio a favor de “Nuevo Retiro S.A.”, sobre el que se asentaba el CAM N° 71, de acuerdo con el decreto Municipal 4962/90 y solicitaba que se le hiciera llegar la propuesta correspondiente para dar cumplimiento con lo establecido por esa norma y por el Decreto N° 2137/91.

Así, previo paso del expediente por la Secretaría de Abasto y Consumo de la Ciudad, el ex Intendente Grosso dictaba el Decreto N° 1643/92 el 16 de julio de 1992, según el cual, a la vista del expediente N° 119.590/90, en el cual tramitó la propuesta de los permisionarios del CAM 71 y considerando que el predio era de propiedad del Estado Nacional; que por ello se dio intervención al Ministerio de Economía para viabilizar la venta; que dicho organismo, a través de la Administración General de Inmuebles Fiscales prestó conformidad para la venta directa según lo establecido por el Decreto N° 2137/91 y el artículo 7 del decreto Municipal N° 4962/90; que en orden a lo establecido por el art. 3 del decreto del PEN N° 449/91; se dispuso el acto administrativo que desde aspecto formal, posibilitara dar curso a la propuesta de compra realizada por “Nuevo Retiro S.A.” y de ese modo se ordenó proceder a la venta del predio a “Nuevo Retiro S.A.”. Este instrumento lo firmó el ex Intendente Grosso quien, un mes después y sobre la base del decreto N° 449/01, firmaría también el boleto de compraventa.

Finalmente y, según hemos visto, se transmitió el dominio del inmueble mediante la escritura correspondiente previa protocolización del primer título *—donde pese a las expresas constancias en el expediente de venta de la zonificación del predio, se*

*establecía, sin antecedentes que fundaran dicha afirmación que el bien era del dominio eminente del Estado Nacional-*, suscripta por el nuevo intendente de la Ciudad, en representación del Estado Nacional y por los representantes legales de la sociedad.

Según el relato previo, la normativa sintetizada, los pasos seguidos para la compra y más allá de la imposibilidad señalada respecto de la enajenación, sin previa desafectación, de un bien de dominio público, quien habría tenido jurisdicción para hacerlo, en su caso, era el Estado Nacional quien, en consecuencia, era aquel que podía *–de haberse llevado a cabo el procedimiento correcto-*, disponer del bien. Sin embargo, como hemos visto, era la Municipalidad de la Ciudad quien administraba, bajo la vigilancia del Estado Nacional, el bien en cuestión, pues tenía encomendado el ejercicio de su poder de policía de abasto, por haberse internado una feria franca. Según lo expuesto, el Poder Ejecutivo Nacional delegó además la suscripción de toda la documentación necesaria para la venta, sin perjuicio de la aprobación previa exigida al Ministerio de Economía, suscripta por Marquez Miranda.

De allí que pueda decirse que se trató de un acto complejo llevado a cabo entre la ex Municipalidad y el Estado Nacional *–sin perder de vista tampoco el régimen de la Constitución Nacional, previo a la reforma (art. 86, inc. 3)-*, en donde los funcionarios que intervinieron co-administraron, según sus ámbitos de competencia, el bien en cuestión y por lo tanto, co-dominaron el suceso.

Ahora bien, según hemos visto, varios imputados se defendieron con el argumento de que sus respectivas intervenciones en el trámite burocrático que concluyó en la venta del bien inmueble estuvieron precedidas de las instancias de control programadas por las reglamentaciones y leyes correspondientes, por lo cual, por un lado, pudieron confiar en que la configuración de la situación en la cual actuaron había sido realizada conforme a derecho y que, en consecuencia, no estaban obligados normativamente a controlar la actividad que antecedió a su intervención. Por otro lado, el ex Ministro de Economía adujo que sólo actuó para refrendar el Decreto, mientras que el ex Presidente sostuvo, en cambio, que había intervenido previamente la Municipalidad, así como la cartera de la cual era titular el ex Ministro.

La Sala ha sostenido que: “Aunque es cierto que en estructuras burocráticas de este tipo la división de tareas implica la necesidad de confiar en la actividad de otros para realizar determinadas actividades, lo cierto es que ello sólo podrá ser alegado como defensa cuando haya motivos razonables para confiar, es decir, que no se adviertan irregularidades que hagan presumir como probable la lesión de aquel deber de cuidado de quienes intervinieron previamente (*vease al respecto Günter Stratenwerth, Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible, trad. Gladys Nancy Romero, Ed. F. Di Plácido,*

## *Poder Judicial de la Nación*

*Buenos Aires, 1999, p. 339; y en similar sentido, Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Yomo I, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 1005/ss.) –cfr. c/nº 39.953, “Zavaley, Jorge H. y otros s/ procesamiento y embargo y falta de mérito”, rta. el 6/9/07, reg. Nº 1010-.*

Respecto de los casos del ex Presidente Carlos Saúl Menem y del ex Ministro de Economía Felipe Cavallo, cabe señalar que si bien la gestión de la venta comenzó en el marco de la ex Municipalidad de Buenos Aires –*pues de acuerdo con el expediente Nº 119.590, y en virtud del decreto Municipal 4962/90 que, sobre la base de la interpretación del 14 y 117 de la legislación de emergencia, consideraba la necesidad de regularizar la situación de los inmuebles en los que se encontraban asentados los centros de abastecimiento municipal y, en su caso, la venta a los permisionarios si se constituían en sociedad-* y más allá de lo dispuesto por el art. 86, inc. 3 de la Constitución Nacional con antelación a la reforma del año 1994, la Municipalidad consideró expresamente que la venta solicitada correspondía a la jurisdicción de la Nación y por ello se comprometió a realizar las gestiones necesarias (*vid. nota de fs. 25 del expte. administrativo*). Por lo demás, de acuerdo con el régimen sobre el cual se fundó luego la realización de la venta, era precisa la aprobación del Ministerio de Economía (*decreto 407 y luego Nº 2137*).

Es por ello que mediante el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional cuestionado, además de aprobarse el Decreto Municipal mencionado con antelación, se dispuso la venta directa del inmueble en cuestión. Aunque los anexos habrían sido confeccionados por la Municipalidad (*según surge del membrete*), lo cierto es que el propio texto del decreto se refiere a tales elementos como parte integrante del acto administrativo y, en consecuencia, dispuso un régimen específico para el bien incluido en el anexo III, a diferencia del ordenado en relación con los contenidos en el anexo II, en relación con los cuales, según hemos visto, se dispuso la previa desafectación.

Ahora bien, aun cuando se desconozcan los antecedentes que los firmantes del decreto tuvieron a su vista, lo cierto es que ambos funcionarios firmaban un instrumento mediante el cual aprobaban un decreto municipal que hacía ingresar en un régimen muy particular a los inmuebles donde se asentaban los centros de abastecimiento municipal –*los cuales, según hemos visto, se habrían internado tanto en lugares de dominio público como de dominio privado-*; mediante el cual ordenaban la desafectación de algunos mientras que, respecto de otros, disponían la venta sin previa desafectación y por medio de un mecanismo –*el previsto por el decreto 4962/90-* excepcional respecto de la regla en materia de venta de bienes inmuebles innecesarios para la gestión. Por otra parte, la ubicación del inmueble cuya venta se disponía en aquellas condiciones, la cual se desprendía del anexo adjunto al decreto –*es decir, en una zona estratégica de la ciudad y en el marco de una seguidilla de*

*plazas frente a los Ferrocarriles-* así como la expresa mención de que carecía de plancheta catastral, debió llamar, cuanto menos, la atención de los funcionarios quienes, en consecuencia, no pueden ampararse en la defensa anteriormente mencionada.

Por otra parte, el ex Ministro de Economía, quien refrendó el decreto en cuestión –*y que, de acuerdo con lo expuesto, le son aplicables las consideraciones previas-* era el titular de la cartera en cuyo marco, además, se debía aprobar la venta del inmueble que, en el caso, se realizaba mediante un régimen excepcional –*venta directa a sus ocupantes-*.

Resultan aplicables entonces las consideraciones efectuadas en punto a la desactivación del principio de confianza y, en consecuencia, tampoco prosperará la defensa relativa a la falta de dolo construida desde dicha perspectiva. Tampoco es posible recibir favorablemente la relativa a la evidente existencia de un mercado desde hacía varios años –*que, según hemos expuesto, no era uno común, sino un CAM ubicado en tierras cedidas con permiso precario a los feriantes-*, pues tales organismos existían tanto en los inmuebles comprendidos en el anexo II como en el anexo III, pese a lo cual, se dispusieron regímenes diversos.

En el caso del ex Intendente Grosso como el de la ex funcionaria directora dominial registral de la Administración General de Inmuebles Fiscales encargada de aprobar la venta en los términos del decreto N° 2137 –*según lo expuso, por otro lado, en la nota agregada a fs. 63 del expediente municipal y a cuya aprobación se remitió el decreto municipal N° 1643-*, las situaciones se agravan si se tiene en cuenta que además, existen constancias de que tuvieron conocimiento de todo el expediente, es decir, de la zonificación del predio como Urbanización Parque, de la imposibilidad de valuarlo y del informe relativo a su precio presentado en forma inmediata por el Banco Hipotecario Nacional, en donde se lo consideró, según se expuso, como terreno baldío.

Sobre la base del análisis realizado y toda vez que los funcionarios indagados co-administraron, mediante sus respectivas intervenciones en un acto complejo el inmueble en cuestión, el cual, de acuerdo con lo expuesto, habrían sustraído del dominio público para venderlo a un precio vil, entendemos que deben ser considerados en forma preliminar, por existir un grado de probabilidad positiva respecto de la producción del hecho y de sus respectivas intervenciones, como coautores del delito previsto por el art. 261, primer párrafo del C.P.

**VI.-** En lo atinente a las situaciones de Luis Herminio Villamil –*representante legal de “Nuevo Retiro S.A.”-* y del Escribano General de la Nación que otorgó las escrituras de protocolización y venta quienes no fueron convocados a prestar declaración indagatoria, cabe señalar que la pretensión de que se revoquen sus respectivos

## *Poder Judicial de la Nación*

sobreseimientos se desprende con claridad, pese a la opinión de la defensa del segundo, del escrito de apelación del Ministerio Público Fiscal. Ello es así pues no sólo incluye la parte dispositiva respectiva como objeto de su recurso, sino que además, sin perjuicio de concentrarse en la crítica de la clave del pronunciamiento a la que nos hemos referido, al describir la maniobra indica la intervención que habrían tenido los nombrados.

Entendemos que su desvinculación, sin previa intimación formal, obedeció a que el Juez estimó directamente que el hecho denunciado no constituía delito, por lo cual se vio relevado de analizar las respectivas intervenciones en función de referirse a un suceso que consideró lícito. Ahora bien, habiéndose revocado la aserción base del sobreseimiento de los nombrados, entendemos que la decisión, a su respecto, deviene prematura pues corresponde delimitar sus respectivas intervenciones en el acto que se ha considerado antinormativo y, en su caso, proceder conforme a lo estipulado por el art. 294 C.P.P.N.

**VII.-** Por último, la decisión adoptada no obsta a la necesidad de profundizar la investigación en lo relativo a obtener la totalidad de los antecedentes normativos relativos al predio, la documentación reservada relativa al control de policía de abasto realizada respecto del CAM N° 71 y aquella reservada en catastro –*máxime si se tiene en cuenta que, en lo atinente a la parcela que nos ocupa, no se acompañó documentación anterior al plano realizado para la ocasión, a diferencia de la otra parcela, cuya ficha data del año 1959; y que los peritos tasadores acompañaron la plancheta del Código de Planeamiento Urbano donde, además de detallarse la zonificación “UP”, no existen constancias de las divisiones señaladas en el plano mencionado-*.

Por lo demás, no es posible dejar de hacer notar la necesidad de que, más allá de las restricciones y obstáculos indicados en la pericia aludida, se realice una valuación del inmueble en función de los criterios y valores vigentes al momento de la venta teniendo especialmente en cuenta los atributos especiales del bien en cuestión.

En orden a las consideraciones expuestas el Tribunal RESUELVE:

**I.- SUSPENDER** el trámite del recurso en lo que respecta al sobreseimiento de Saúl Bouer y **ORDENAR** que se forme incidente en la instancia anterior para dar trámite al nuevo planteo mencionado.

**II.- RECHAZAR IN LIMINE** el planteo de nulidad del recurso de apelación Fiscal articulado por la defensa de Luis Herminio Villamil 521/24.

**III.- REVOCAR** el punto dispositivo II del pronunciamiento apelado en cuanto dispuso el sobreseimiento de Horacio D´Albora y de Luis Herminio Villamil.

**IV.- REVOCAR** el punto dispositivo I de dicho pronunciamiento – *integrado con la aclaratoria de fs. 456-* en cuanto fue materia de apelación y, en consecuencia, **DECRETAR EL PROCESAMIENTO** de Carlos Saúl Menem, de

Domingo Felipe Cavallo, de Carlos Alfredo Grosso y de María Fernanda Vázquez Miranda en orden al hecho por el que fueron indagados, calificado provisoriamente bajo la figura de peculado (*art. 261, primer párrafo, C.P.*), que se les atribuye a título de coautores (*art. 306 C.P.P.N.*).

Esta decisión obliga a pronunciarse respecto de las medidas cautelares que habrán de acompañarla (cfr. arts. 310, 518 y cctes., C.P.P.N.), materia sobre la cual deberá expedirse el “*a quo*” a los fines de no privar de instancia.

**V.- ORDENAR** que se prosiga la investigación de acuerdo con lo establecido en el punto VII de la presente.

Regístrese, hágase saber, devuélvase mediante oficio las actuaciones solicitadas “*ad effectum videndi et probandi*”, y oportunamente, remítase en devolución al Juzgado de Primera junto con la documentación reservada. Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Eduardo R. Freiler  
-Juez de Cámara-

Eduardo G. Farah  
-Juez de Cámara-

Ante mí:

Sebastián N. Casanello  
-Secretario de Cámara-

## *Poder Judicial de la Nación*

