

**NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. INFRACCIÓN ARTS. 265 Y 249 DEL CÓDIGO PENAL. BANCO. PROCESAMIENTO. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE DICHAS NORMAS. LA FIGURA DE LAS NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. SUBSUNCIÓN EN LA FIGURA DE LA DEFRAUDACIÓN .ART. 173 INC.7\* Y 54 DEL CÓDIGO PENAL).**

Lleva razón el *a quo* en cuanto califica la conducta del encartado como constitutiva del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, previsto por el art. 265 del Código de Fondo. Ello así pues entiendo que del plexo probatorio descripto surge la realización de una serie de irregularidades por parte del encartado que pueden ser consideradas como un contrato en el cual intervino en interés propio y particular, es decir, actuó no sólo como funcionario sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada actuación o decisión de la administración. La figura prevista en el art. 265 del C.P. -negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- protege “el fiel y debido desempeño de las funciones en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad (Cám. Nac. de Apel. en lo Criminal y Correccional Federal, expte. N° 12.307 “Tedesco Balut y otros s/proc., fallado el 16.09.96). Creus señala que la conducta punible es la de *interesarse* en el contrato u operación, o sea la de hacer intervenir en ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración. “Interesarse” es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés

particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros (Derecho Penal, Parte Especial, t. II, 4ta. edición actualizada, Ed Astrea, pág. 309). **(Juez FLEICHER).**

Comparto la opinión del juez Fleicher en el sentido de confirmar el decisorio apelado, en base a las consideraciones de hecho que formula al emitir su voto. Debo añadir que cabe precisar mejor la calificación otorgada a los hechos por el juez de grado, pues, a mi juicio, las conductas que se le reprochan contienen un injusto mayor que el delineado por el art. 265 C.P. En efecto, las acciones que dieron lugar a negocios incompatibles con la función pública que ejercía, también resultan subsumibles en la figura de defraudación del art. 173, inc. 7, C.P. Es verdad que puede verse un delito contra la administración pública, por interesarse en operaciones en la que intervenía en razón de su cargo, pero, a su vez, perjudicó los intereses a él confiados por su mandante, violando los deberes a su cargo y procurando para sí un lucro indebido. Entonces, el contenido de injusto se agota recién aplicando los tipos penales previstos en el art. 265 y 173, inc. 7, C.P., los que no concurren materialmente ni se excluyen entre sí, sino que se complementan de manera formal, porque las acciones ilícitas del gerente constituyeron un todo témporo-espacial, subsumible bajo dos descripciones típicas (art. 54 C.P.). En cambio, la figura del art. 249 C.P. debe descartarse, porque las acciones que ella prevé ya se hallan incluidas en la descripción efectuada por el tipo del art. 265 C.P., no sólo porque éste supone la comisión del primero, sino porque su pena realiza cumplidamente la función punitiva por sí y por el delito que consume. Conviene que todas estas observaciones, formuladas a modo de *obiter dictum*, sean tenidas en cuenta por el juez una vez devueltas las actuaciones. **(Juez SCHIFFRIN, con adhesión del Juez ÁLVAREZ).**

## **PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN**

///Plata, 29 de septiembre de 2009. R.S. 2 T.101 f\* 66/70

VISTA: Esta causa, registrada bajo el N° 3710, caratulada “P., H. J. S/INF. ARTS. 249 Y 265 C.P.”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1, de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO:

**EL JUEZ FLEICHER DIJO:**

I. Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de esta Alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto... contra la resolución glosada a fs. 279/284, que decretó el procesamiento de P. por los delitos previstos

y reprimidos por el art. 249 y 265 del C.P..

El recurso es concedido a fs. 288 y mantenido a fs. 297/298vta..

II. La defensa se agravia de la resolución en crisis por considerar que carece de fundamentos legales y que no existen elementos de cargo suficientes que permitan sostener la responsabilidad de su asistido en los hechos ilícitos que se le endilgan.

Apunta que de los propios testimonios brindados por los denunciantes no surgen datos relevantes para la calificación de la conducta de su defendido.

Señala que no se tomaron en cuenta los nuevos datos aportados por el imputado...en su declaración indagatoria como un recibo del crédito de uno de los denunciantes o la circunstancia de que el mismo negó haber otorgado facilidades extraordinarias a los mismos.

Asimismo, entiende que de las conclusiones de la investigación administrativa efectuada respecto de P. no resulta acreditada la existencia del accionar doloso de parte del mismo.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión apelada y se dicte la falta de mérito de P..

III. Previo a dar tratamiento a los agravios expuestos, corresponde realizar un breve relato de los hechos que dieron origen a esta causa.

Con fecha 20 de agosto de 2003 el... letrado apoderado del Banco de la Nación Argentina, formuló denuncia penal en los términos del art. 174 del C.P.P.N. ante el Juzgado Federal N°2 de Lomas de Zamora, por considerar que de la tramitación del expediente administrativo... originado en la Gerencia Zonal... de dicha entidad surgieron hechos irregulares atribuidos al Gerente de la Sucursal...,P., que podrían resultar susceptibles de encuadramiento penal.. .

Cabe destacar que el citado sumario administrativo que corre agregado por cuerda al principal, se originó con motivo del informe dirigido al

Área de Sumarios de la Gerencia Zonal ...del Banco de la Nación Argentina, en el cual se dio cuenta de apartamientos de las normas de crédito del banco, verificadas con relación a la asistencia brindada a clientes de la sucursal... por parte del gerente P..

Asimismo, resultó que las supuestas irregularidades mencionadas se advirtieron a raíz de las denuncias efectuadas por los clientes que fueron beneficiados por dicha asistencia crediticia, las cuales consistieron en presuntos requerimientos por parte de P. de sumas de dinero como contrapartida de la concesión de los préstamos, como así también la negociación de valores a nombre de los mismos, para destinar los fondos en beneficio del funcionario.

En consecuencia, de los elementos colectados en dicho sumario se le imputaron al encartado los siguientes cargos: 1) haber excedido sus atribuciones numéricas y plazos para el otorgamiento de créditos, trasgrediendo lo normado por las DD.PP rubro política de crédito, administración de crédito y facultades numéricas de crédito de la red de sucursales en varias oportunidades; 2) haber autorizado la negociación de cheques, sin cerciorarse de que pertenecieran al giro normal de las actividades de los clientes ni contar con referencias de sus libradores; 3) haber autorizado retiros de efectivo por caja a través de asientos contables; 4) haber incumplido lo dispuesto por la Gerencia Zonal..., el 20/03/02 al resolver la excepción en la reprogramación del certificado a plazo fijo N° ...del Sr.F..

Cabe resaltar que dicho expediente administrativo culminó con la suspensión del nombrado funcionario por el término de diez días, sin prestación de servicios ni percepción de haberes por los hechos descriptos.

IV. Recibidas las actuaciones en sede judicial, el *a quo* dispuso delegar la instrucción al Sr Fiscal Federal conforme lo dispuesto por el art.196 del C.P.P.N.....

Así las cosas, se citó a prestar declaración testimonial a....

.... refirió que conocía a P. desde hacía siete u ocho años, es decir, desde el momento en que asumió el cargo de gerente en la citada sucursal.

También dijo que tenía una frecuente relación con el banco en virtud de su actividad comercial y que el funcionario, aprovechándose de la relación que mantenía con él y otros clientes “*los hacía sacar créditos que se quedaba y les dejaba las deudas*”. Asimismo, señaló que “*el gerente lo apretaba con las deudas que registraba y luego le ofrecía la solución de sacar créditos a su nombre para beneficiarse directamente con el dinero*”, y si bien se comprometía a hacerse cargo del pago de los mismos, no cumplió con esa parte del acuerdo. Por otra parte, el declarante calificó el proceder de P. como “extorsivo” y manifestó que tenía conocimiento por medio de terceros que el nombrado se había comprado un geriátrico en la ciudad de... Negó haber firmado algún comprobante que acredite los acuerdos celebrados, señalando que sólo se trataban de arreglos verbales. Por último, ratificó lo expresado en sede administrativa.

A su turno, el testigo... manifestó que ratificaba todo lo expuesto en el marco del sumario administrativo, agregando que trascurrido un tiempo había tomado conocimiento por parte del Sr.....que P. sólo iba a acreditar en su cuenta la suma de 10.000 pesos, y no los 15.000 pesos del plazo fijo extraído por orden judicial. Asimismo, dijo que el nombrado le mencionó que en su cuenta corriente se depositaban cheques de terceras personas, las cuales eran desconocidas por el mismo. Finalmente, el testigo negó conocer a,,,

Luego, el representante de la vindicta pública ordenó la realización de tareas de inteligencia con el objeto de determinar la identidad del propietario del “Hogar...”, en virtud de la existencia de sospechas de que podría pertenecer al patrimonio del investigado.

De las averiguaciones realizadas sobre la propiedad mencionada no se pudo establecer en forma fehaciente si la misma correspondía o no a P.....

Por otra parte, el testimonio.... Se refirió a las actuaciones administrativas que corren por cuerda y ratificó plenamente la autenticidad de las firmas atribuidas a los clientes en las operaciones bancarias irregulares endilgadas al encartado.

V. Posteriormente, el Sr. Agente Fiscal solicitó mediante su dictamen agregado a fs. 189/192, se citara a prestar declaración indagatoria a P. por la presunta comisión de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 249 y 265 del Código Penal.

Antes de expedirse acerca de lo peticionado por el Sr. Fiscal, el *a quo* resolvió a fs. 193/194 declinar la competencia en estos actuados a favor del Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora, atento la fecha en que acaeció la primera de las maniobras irregulares en autos -26/10/00-, la cual consistió en el otorgamiento de un préstamo por parte del encartado a los Sres.... por la suma de 15.000 pesos.

Así las cosas, el imputado P. prestó declaración indagatoria a fs. 215/216, en la cual se remitió en un todo a lo expuesto oportunamente en el sumario administrativo respecto a los hechos que se le imputan. Aclaró que los avales presentados por sus clientes eran suficientes, a su entender, para el otorgamiento de los créditos y que dichas personas eran conocidas en el banco por operar allí desde hacía mucho tiempo, quienes estaban en condiciones de cubrir los saldos emergentes de ello.

En otro orden de ideas, expuso que su esposa... era apoderada del establecimiento geriátrico..., siendo su propietario... a quien sólo conocía por el trabajo que desarrollaba su mujer. Señaló que dicho establecimiento estaba ubicado en....

VI. Ahora bien, luego de un detenido estudio de las piezas que conforman este expediente, concluyo que deberá confirmarse la resolución atacada.

Ello así pues, considero que los elementos reunidos en la causa autorizan a inferir, con el grado de provisoriedad de la etapa procesal que se cursa, que el encartado tiene responsabilidad en los hechos que se le endilgan.

VI. 1. Previo a dar los fundamentos que me llevan a decidir en tal sentido, cabe hacer algunas consideraciones respecto de los delitos en examen.

El artículo 249 del C.P. reprime con multa de setecientos

cincuenta a doce mil pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, “*al funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.*”

Según Creus, esta norma protege el correcto funcionamiento de la administración pública, procurando el eficiente desenvolvimiento de los servicios que son propios de ellas (Derecho Penal, parte especial, t. II, 4ta. edición actualizada, Ed. Astrea, pág. 261).

El delito se configura mediante tres conductas omisivas alternativas en relación a un acto propio exigible al funcionario público: *omitir, rehusar hacer o retardar* y, si bien en la segunda acción típica puede señalarse que existe una actividad por parte del sujeto (rehusar), aquella negativa se traduce en el incumplimiento del acto correspondiente. En efecto, se trata de la omisión precedida de la negativa frente a la interpelación. (Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 173)

Se ha establecido la siguiente diferencia: “omite el acto si, debiendo realizarlo de oficio, no lo hace”, en tanto que “rehúsa hacer el acto si correspondiendo que lo realice a petición de parte interesada o por orden de autoridad competente, no lo realiza.”

Además, con arreglo al art. 249 el tipo omisivo se configura en la medida que la conducta del funcionario sea *ilegal* y debe ser cometida en ejercicio de su propia función o tarea administrativa.

Finalmente, se trata de un delito doloso, en el cual es necesario el conocimiento de que el acto omitido es un acto propio del oficio del agente y que su omisión es ilegal; es decir, se debe obrar a sabiendas de que el proceder es contrario a lo que debe ser, con arreglo a la norma jurídica.

En el caso de autos, entiendo que - a diferencia de lo sostenido por la defensa- se encuentra verificado el dolo requerido por la figura en examen.

Ello así pues, el imputado en su carácter de gerente de dicha entidad bancaria tenía conocimiento de la normativa aplicable en materia de otorgamiento de créditos y de los límites numéricos que no podía exceder en

dichas operaciones.

Esto se encuentra corroborado por el reconocimiento efectuado por el encausado tanto en sede administrativa como en sede judicial en el sentido de que omitió ilegalmente actos de su oficio en su carácter de funcionario público, por cuanto afirmó que incumplió los límites establecidos tanto por el Banco de la Nación Argentina como por el Banco Central para el otorgamiento de créditos.

En efecto, de la declaración no jurada prestada por el imputado ...en el marco del sumario administrativo, surge que al ser interrogado sobre las razones por los cuales no había elevado la operación crediticia celebrada con los Sres.... a la instancia superior correspondiente para su aprobación, teniendo en cuenta que sus facultades numéricas no alcanzaban el monto por el cual lo había otorgado, éste contestó: *“Fue una omisión voluntaria de mi parte (ver fs. 77).”* Asimismo, cuando le fue formulada el mismo tener de pregunta respecto al crédito concedido al... afirmó: *“Se trató de un exceso en mis atribuciones numéricas, por el que fui sancionado por la Gerencia Zonal (vide fs. 78).”*

Tampoco puede soslayarse la circunstancia de que el imputado fue sancionado disciplinariamente con anterioridad a la sustanciación del sumario respectivo ya que a pesar de la advertencia formulada por la Gerencia Zonal.. y en oposición a la misma, siguió concediendo créditos fuera de sus facultades numéricas y sin la correspondiente intervención de la instancia superior y en total desobediencia a las observaciones verbales y escritas sobre dicho asunto....

En conclusión, considero que en virtud de las constancias reunidas en el expediente administrativo... y en estas actuaciones, se encuentra acreditado a mi criterio, con el alcance propio de la etapa procesal que transita el proceso, que en las operaciones bancarias detalladas en el sumario de referencia P., en su condición de gerente de la Sucursal...del Banco de la Nación Argentina, omitió ilegalmente los deberes de su oficio, representados en el caso por la normativa interna de su empleador y por la establecida al efecto por el Banco Central de la República Argentina.

VII. Sentado lo expuesto, corresponde señalar que lleva razón

el *a quo* en cuanto califica la conducta del encartado como constitutiva del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, previsto por el art. 265 del Código de Fondo.

Ello así pues entiendo que del plexo probatorio descrito en el considerando precedente, surge la realización de una serie de irregularidades por parte del encartado que pueden ser consideradas como un contrato en el cual intervino en interés propio y particular, es decir, actuó no sólo como funcionario sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada actuación o decisión de la administración.

La figura prevista en el art. 265 del C.P. -negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- protege “el fiel y debido desempeño de las funciones en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad (Cám. Nac. de Apel.en lo Criminal y Correccional Federal, expte. N° 12.307 “Tedesco Balut y otros s/proc., fallado el 16.09.96).

Creus señala que la conducta punible es la de *interesarse* en el contrato u operación, o sea la de hacer intervenir en ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración. “Interesarse” es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros (Derecho Penal, Parte Especial, t. II, 4ta. edición actualizada, Ed Astrea, pág. 309).

Conforme lo expuesto, estimo que no sólo P.obtuvo beneficios como consecuencia de su proceder irregular sino también... y los otros clientes mencionados en la denuncia de a fs. ½, por cuanto operaban habitualmente en la mentada sucursal y por ello conocían a P.. Asimismo, cabe destacar que sus cuentas permanecieron abiertas pese a las maniobras espúreas denunciadas y les fueron concedidos créditos que no les correspondían.

Tampoco se me escapa los dichos expuestos por... en sede

administrativa, quienes refirieron que en el mes de noviembre de 2001 ... les ofreció sacar un préstamo en común en la mencionada sucursal bancaria, firmándole los formularios correspondientes. Que luego les solicitó una garantía ante lo cual el declarante le manifestó que ya no tenía interés en solicitar el préstamo. Sin embargo, unos meses más tarde se presentó una escribana en su domicilio a efectos de averiguar su atraso en el pago de las cuotas de un préstamo, frente a lo cual decidió concurrir a la entidad bancaria donde le fue informado que había sido utilizada la solicitud firmada por ellos para hacer efectivo un préstamo. Asimismo, agregaron que se consideraban “estafados” por el... suponiendo que había actuado en complicidad con otra persona, que conforme las constancias obrantes en autos no caben dudas que se trata de P., ya que fue quien autorizó el crédito mencionado en su carácter de gerente de la citada entidad bancaria....

En orden a las consideraciones que anteceden, propongo al Acuerdo confirmar la resolución apelada....

**EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:**

Comparto la opinión del juez Fleicher en el sentido de confirmar el decisorio apelado, en base a las consideraciones de hecho que formula al emitir su voto. Debo añadir que cabe precisar mejor la calificación otorgada a los hechos por el juez de grado, pues, a mi juicio, las conductas que se le reprochan a P. contienen un injusto mayor que el delineado por el art. 265 C.P. En efecto, las acciones que dieron lugar a negocios incompatibles con la función pública que ejercía P. también resultan subsumibles en la figura de defraudación del art. 173, inc. 7, C.P.

Es verdad que puede verse un delito contra la administración pública por parte de P., por interesarse en operaciones en la que intervenía en razón de su cargo, pero, a su vez, perjudicó los intereses a él confiados por su mandante, violando los deberes a su cargo y procurando para sí un lucro indebido. Entonces, el contenido de injusto se agota recién aplicando los tipos penales previstos en el art. 265 y 173, inc. 7, C.P., los que no concurren materialmente ni se excluyen entre sí, sino que se complementan de manera formal, porque las

acciones ilícitas del gerente constituyeron un todo témporo-espacial, subsumible bajo dos descripciones típicas (art. 54 C.P.).

En cambio, la figura del art. 249 C.P. debe descartarse, porque las acciones que ella prevé ya se hallan incluidas en la descripción efectuada por el tipo del art. 265 C.P., no sólo porque éste supone la comisión del primero, sino porque su pena realiza cumplidamente la función punitiva por sí y por el delito que consume.

Conviene que todas estas observaciones, formuladas a modo de *obiter dictum*, sean tenidas en cuenta por el juez una vez devueltas las actuaciones.

Así lo voto.

**EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:**

Que adhiere al voto del Juez Schiffrin

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

I.- CONFIRMAR la resolución apelada....

II.- Observar las consideraciones del voto del Juez Schiffrin por el Juez de grado al ser devueltas las actuaciones.

III.- Notifíquese, regístrese y devuélvase. Firmado Jueces Sala II Gregorio Julio Fleicher. Leopoldo Héctor Schiffrin. César Álvarez.

Ante mí: Dra. Ana Russo-Secretaria.