

REGISTRO Nro: 19005

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y Liliana E. Catucci como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 105 y vta. de la causa n° 12.664 del registro de esta Sala, caratulada: "Clutterbuck, Marcos y otros s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Pedro Carlos Narvaiz, la pretensa querrela por el doctor Alejandro Mitchell y la Defensa de Marcos Clutterbuck, Eric Neuman, Thomas O. Hicks, Paul Burton Savoldelli, Charles W. Tate, Jack d. Furst, Brian Mulroney, Dan H. Blanks, César Báez, John Paul Civantos, Kevin O'Mara, Marcelo Bombau, Alejandro Messineo y Javier Petrantorio por los doctores Francisco Castex, Jorge Kent y Santiago Nicolás Kent.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Luis M. García y Liliana E. Catucci, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, resolvió confirmar el auto de fs. 5/6 vta. De estos testimonios (correspondiente a fs. 2416/2417 vta. de los autos principales).

Contra dicha decisión, el doctor Alejandro Mitchell, invocando el carácter de apoderado de ELP Investments. Ltd. (ELP), interpuso recurso de casación a fs. 111/127 vta., el que fue concedido a fs. 129 y vta..

2°) El recurrente, invocó el supuesto del art. 456, inc. 2° del C.P.P.N., sosteniendo que *“la finalidad de este recurso es que se anule la resolución contra la que está dirigido y que se acepto a ELP como querellante en esta causa, sin limitaciones, es decir por todos los hechos investigados”*.

El impugnante reseñó los hechos ventilados en la causa, y en lo que aquí interesa explicó que *“el 4.4.03 los abogados defensores de ciertos integrantes del fondo Hicks, que se habían presentado en autos, promovieron una excepción de falta de personería contra el suscripto y otros abogados que entonces actuaban como apoderados de la querella, alegando que el poder otorgado por ELP no era un poder especial para querellar, y además que el mismo no fue emitido por el directorio sino por el presidente de ELP. Esto dio lugar a la sustanciación de un incidente”*. Explicó, que el juez de primera instancia rechazó el planteo, resolución que fue apelada y resuelta en definitiva por la Cámara de Apelaciones con fecha 13 de agosto de 2009, haciéndose lugar a la excepción de falta de acción.

Señaló el doctor Mitchell que esta decisión no fue recurrida, y se emitió un nuevo poder, con la firma de otro director de la sociedad -Raúl Moneta- que fue agregado en el escrito presentado con fecha 2/9/2009.

Al margen, expuso que *“con fecha 28/10/2005, el objeto de investigación de esta causa se volvió a ampliar, con un nuevo poder especial agregado a fs. 1689/91, en relación a otros hechos que en definitiva son parte de la misma maniobra de administración fraudulenta derivada del Partnership Agreement. En esta ocasión, aparece el Citibank como involucrado”*; aclarando que *“a fs. 1700 el suscripto fue tenido como querellante en representación de ELP en base a esos nuevos sucesos, ocurridos con posterioridad a los que se denunciaran en 2002 y 2003. De hecho se trata de hechos ocurridos a mediados de junio de 2005”*.

Señaló que *"en la resolución de fecha 13.8.09, V.E. no hizo alusión alguna al poder de fs. 1689/91, ni a los hechos en él abordados. Más aún, a raíz de la aclaratoria presentada por esta parte con fecha 20/8/09, se emitió la resolución de fecha 4.9.09 que fue muy clara: 'no existen dudas respecto del alcance del resolutorio de fs. 114/114 vta. que ameriten ser despejadas y tampoco corresponde que el tribunal se expida sobre cuestiones que no han sido sometidos a su análisis en el marco del incidente referido', es decir el apartamiento del rol de querellante se limitó a los hechos que fueron objeto de denuncia a fs. 1/2 y fs. 373/77, no así a los denunciados a fs. 1672/87"*.

Prosiguió diciendo que *"ante el nuevo poder para reasumir como querellante en esta causa en los términos que vienen expuestos, con fecha 9.11/09 el Sr. Juez de Instrucción emitió una resolución en la que, sorpresivamente rechazó el pedido de ELP"*, con argumentos a su entender insostenibles, que rebatió en la apelación.

Sin embargo, con fecha 22/12/09 la Cámara confirmó lo resuelto en primera instancia, rechazando nuestro pedido de ser tenidos como querellantes, aunque reconoció que el nuevo poder agregado era suficiente para querellar.

Esta decisión, tampoco fue recurrida, puesto que, a dichos de la parte, con el objeto de *"priorizar la agilidad de la causa"*, el 30/12/09 efectuó *"una presentación en primera instancia en la que destacamos que el Partnership Agreement cuya copia fue aportada por el Dr. Bravo al momento de formular la denuncia de fs. 1/2 vta. está firmado por Paul Burton Savoldelli en representación de HMTF-AMI (SP) LTD"*; señalando también que *"todas las hojas de ese convenio están inicialadas por Savoldelli, quien junto con otros integrantes del fondo Hicks, está imputado en esta causa"*.

Se afirmó que *"en el documento oportunamente agregado en autos en fotocopia luce estampada la firma de los dos socios comanditarios, uno de los cuales -ELP- es la víctima del fraude denunciado (razón por la cual, en rigor es*

ésta última la firma que realmente importa para acreditar el derecho para querellar) y el otro -fondo Hicks- es el autor del delito". Destacando que "en cuanto al hecho de tratarse de fotocopias, a más de siete años de formulada la denuncia y de actuar ELP como quereillante en esta causa en diversas instancias, nadie había cuestionado la legitimidad de las copias agregadas, ni el funcionamiento del Partnership Agreement", explicando que "ni siquiera los defensores de los integrantes del fondo Hicks lo hicieron".

Reseñaron luego, que "sin perjuicio de todo ello, para aventar cualquier duda acompañamos a esa misma presentación el original del Partnership Agreement que quedó en poder de la compañía, junto con una traducción pública del mismo, Adicionalmente, adjuntamos también una fotocopia del ejemplar del Partnership Agreement aportado por el fondo Hicks en el laudo arbitral que promovió en E.E.U.U., donde pidió, obviamente manipulando los hechos, que un tribunal privado constituido por árbitros, le dijera que administró correctamente los intereses de ELP a partir de las amplias facultades que le otorgó el Partnership Agreement".

Pusieron de manifiesto que "respecto de dicho ejemplar, que siempre quedó en poder del fondo Hicks, señalamos también que en el mismo se podía observar la firma del Dr. Fabián Cainzos por el General Partner -AMI Management Ltd- (pág. 28), y destacamos que, si bien el Dr. Cainzos, socio del estudio Basílico, Fernández Madero y Duggan, era abogado de ELP -tal como surge de su declaración de fs. 514/515- al momento de la suscripción del documento que nos ocupa y a los fines de su implementación actuó también como representante de AMI Management Ltd., circunstancia ésta que feneció luego de que ELP aportó al Partnership Agreement las acciones de RHL (hecho concretado a través del contrato ELP Contribution Agreement de fecha 27/7/99, cuya copia fue agregada a esta causa, el cual también fue firmado por el Dr. Cainzos por las razones que éste explicó a fs. 514 vta.). El hecho es que fue a partir de este aporte de acciones que comenzó a funcionar el Partnership

Agreement, cuyo objeto era la administración de RHL y el pago de sus deudas".

Explicó que "como puede observarse en el original del Partnership Agreement que quedó en poder de ELP y que se acompañó a la causa junto con el escrito de fecha 30.12.09, no está la firma del Dr. Cainzos, pues como se trataba del propio abogado de ELP, en su momento no se consideró necesario contar con ella (como suele ocurrir respecto de la propia firma del ejemplar que cada parte conserva de un contrato)". Poniendo en claro que "para ELP lo importante era que figurara la firma del socio comanditario clase B, es decir la de Savoldelli por el fondo Hicks".

En definitiva, dijo que "ELP ha denunciado que sus intereses pecuniarios relacionados con su participación en CEI, puestos en manos del fondo Hicks -como surge con claridad de este documento madre-, fueron administrados fraudulentamente; y que, desde tal perspectiva, claramente ELP es víctima del delito, por lo que es indiscutible su derecho a querellar como lo ha venido haciendo hace años en esta causa, incluso ante la instancia casatoria sin objeción de parte alguna".

En razón de esa reseña, expresó que la resolución de fecha 6/04/10 es arbitraria. Ello, por cuanto según la parte "ha 'señalado' como administrador infiel al fondo Hicks, quien actuó a través de sus integrantes, uno de los cuales es Paul Savoldelli, a la sazón uno de los firmantes del Partnership Agreement agregado al expediente, primero en copia, luego en original".

Sostuvo que "en tren de hipotetizar, si lo que V.E. quiso decir es que debió constar la firma del representante de AMI Management Ltd, que es el vehículo formal designado por el fondo Hicks para el manejo del Partnership Agreement (según consta en dicho documento), reiteramos lo ya dicho, en el sentido de que la división meramente formal entre sociedades off shore es irrelevante para esta investigación y para la determinación de la responsabilidad penal de las personas físicas involucradas, que son siempre las mismas: los

principales referentes del fondo Hicks, entre ellos Savoldelli”.

Recordó que “en el escrito del 30.12.09 y en la apelación de 6.2.10 en el Anexo A del Partnership Agreement, que Savoldelli también inicia a la derecha, se deja constancia que el General Partner es AMI Management Ltd., vehículo del fondo Hicks, designándose a César A. Báez, también imputado en esta causa como funcionario del fondo Hicks, y Lawrence D. Stuart Jr. Como referentes”. Asimismo que “en la cláusula 14 se establece que las notificaciones a cursarse al socio comanditado (General Partner) serán copiadas a la sede central del fondo Hicks, en Dallas, atención César A. Báez y Lawrence D. Stuart Jr., mientras que otra copia será enviada al estudio de cabecera del fondo Hicks, el bufete Akin, Gump, Strauss, Hauer & Fedl, LLP, atención L. Kevin O’Mara (New York)”.

Señala que “no puede seriamente ponerse en duda que el manejo del Partnership Agreement quedó en manos de los hombres del fondo Hicks, a la sazón siempre los mismos para estos negocios, identificados por ellos mismos con las siglas AMI: ‘Argentina Media Investment’ (Inversiones en Medios de la Argentina)”; y que también *“si alguna genuina pudiera quedar (aunque no imaginamos cuál) acerca del rol de General Partner que asumió el fondo Hicks del Partnership Agreement, la misma queda despejada con la adenda de fecha 30.7.99 (esto es tres días después del ELP Contribution Agreement, o sea ya estando plenamente operativo el Partnership Agreement), que también está firmada por Savoldelli, pero esta vez en representación del General Partner, atal como puede observarse en el ejemplar acompañado por el citado fondo en el laudo arbitral”.*

Expresó que “lo más absurdo que puede extraerse de la resolución recurrida, es que V.E. pretenda que lo que debe figurar en el contrato, para aceptar el rol de querellante que ELP reclama, es que figure la firma del autor del delito, cuando que esto, en todo caso, es un dato de interés para determinar su autoría, pero no para identificar a la víctima, que es lo que a esos fines importa”.

Por otra parte, dijo que *"con el original del Partnership Agreement acompañado el 30.12.09 que quedó en poder de ELP, es suficiente para acreditar la existencia del contrato y la condición de parte del mismo de ELP, la pretensa querellante"*. Además, que *"resulta evidente la razón por la cual mi mandante no tiene -ni puede tener- en su poder el original de la versión del Partnership Agreement que quedó en poder del fondo Hicks, que es la que utilizó en el laudo arbitral privado"*, y que *"no debería ser necesario explicar que mi mandante no puede hacerse de esa documentación original"*. Recalcó que *"da todo evento, en la presentación del 30.12.09 se explicó la razón por la cual el ejemplar del Partnership Agreement que quedó en poder de ELP (agregado en original a la causa, y firmado por Savoldelli) no posee la firma del representante de AMI Management Ltd., que en ese entonces era el propio abogado de ELP, el Dr. Cainzos"*.

Resumió su postura afirmando que lo expuesto *"se trata de cuestiones formales, casi anecdóticas, que no hacen a la cuestión que se debe resolver aquí, esto es si ELP puede querellar por estos hechos que indudablemente la han damnificado. Lo real e indiscutible es que el Partnership Agreement existió, se firmó entre dos partes: ELP y el fondo Hicks. Funcionó. En virtud de él ELP le dio el manejo de un millonario patrimonio al fondo Hicks. El fondo Hicks administró ese patrimonio, y en esta casa se ha denunciado que esa administración fue fraudulenta. A los fines de verificar si ELP puede ser querellante, es completamente irrelevante determinar a través de cuál de los vehículos de las islas Caimán el fondo Hicks se manejó en el plano formal en la conducción de esa administración. Es más, esto es irrelevante a los fines de la causa misma, pues o que se deberán juzgar en esta causa son personas y no sociedades off shore"*.

Sostuvo que las supuestas deficiencias señaladas por el a quo no son tales; y que el tribunal de mérito tiene pretensiones *"aparentemente orientadas a*

una verificación exhaustiva de la prueba de la autoría de la administración fraudulenta (pues lo que pareciera buscar es la firma del representante del vehículo del fondo Hicks 'AMI Management Ltd.' en el Partnership Agreement, dado que figura en él como el 'administrador de la encomienda'), son más propias del cometido del sumario, que de la constatación de los requisitos inherentes a la aceptación del rol del querellante". En esa inteligencia, a su entender, "están fuera de lugar en este ámbito y momento de discusión, mostrándose como arbitrarias para rechazar el pedido de mi mandante de re-asumir como querellante en esta causa".

Repitió, que *"la única firma que importa, en rigore, en el Partnership Agreement, para constatar el derecho de ELP de querellar, es la de la propia ELP, pues lo que se debe verificar en esta emergencia es el rol de víctima del delito y no la identidad del autor del mismo, que es a lo que apunta el errado razonamiento de V.E."*.

Explicó que la resolución recurrida no hace mención alguna a los hechos de administración fraudulenta cometidos en perjuicio de Cablevisión S.A., denunciados por ELP. Sostuvo que *"si bien es cierto que el derecho de querellar de ELP en base a estos hechos deriva en parte del Partnership Agreement, como bien se ha explicado en numerosas ocasiones en este legajo, no sólo de ese documento nace tal derecho"*.

Tras explicar las tramas financieras según las cuales, a su entender *"ELP poseía, a través de vehículos meramente formales de tipo holding, el 15,5% de Cablevisión S.A."*, sostuvo que negarle al accionista *"querellar por los delitos cometidos por su directorio, sería una nueva muestra de exceso ritual manifiesto incompatible con el servicio de justicia"*.

Por último, expresó que *"en caso de duda la misma debe resolverse en función del art. 2 del C.P.P.N., en cuanto establece que toda disposición que coarte el ejercicio de uno de los derechos del código adjetivo debe ser interpretada restrictivamente"*.

3º) Que se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis del C.P.P.N..

-II-

Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, resolvió "*confirmar el auto de fs. 5/6 vta. De estos testimonios (correspondiente a fs. 2416/2417 vta. de los autos principales)*", argumentando para ello:

"Oportunamente convalidamos la decisión del juez de grado que rechazaba la solicitud de los aquí recurrentes de ser tenidos por querellantes, por entender que la ausencia de documentación original impedía al tribunal analizar si 'ELP Investment Ltd.' podría ser particular damnificada por los hechos denunciados, los que derivarían del presunto incumplimiento del 'Partnership Agreement', pues sólo se contaba con una copia simple de dicho acuerdo, que no estaba firmada por el presunto administrador infiel (in re causa n° 1921/09 'Clutterbuck', rta. 22/12/2009).

La documentación aportada con posterioridad por la pretensa querella no modifica lo expuesto por cuanto el supuesto original de dicho convenio presenta iguales deficiencias, es decir, no exhibe firma alguna de quien se encuentra señalado como administrador infiel.

Tampoco varía el análisis del asunto la copia del citado 'Partnership Agreement' que estaría suscripta por el socio comanditado y se correspondería con el ejemplar presentado por el fondo Hicks en el laudo arbitral que habría promovido, en tanto no se trata de documentación original y su simple cotejo con la acompañada como tal, denota que son incompatibles.

Las deficiencias señaladas no deben analizarse en el transcurso de la investigación, como lo sostiene el recurrente, pues resultan dirimentes para

tratar la calidad de particular damnificado de la firma que representa, derivada de una convención escrita”.

-III-

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar que nada obsta a un reexamen de la admisibilidad del recurso de casación ya sea antes o después de la audiencia para informar o en el mismo momento de dictar sentencia, ni a que, en su caso, sea declarado mal concedido sin pronunciarse sobre el fondo (cfr. causa n° 10.310 “Saliotti, Ángel F. s/rec. de casación”, reg. n° 14.323, rta. el 22 de abril de 2009).

Sentado ello, de acuerdo a las facultades otorgadas por los artículos 444 y 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación, entiendo que el recurso de casación deducido por la defensa ha sido mal concedido, por cuanto si bien la decisión atacada es susceptible de ser recurrida ante esta instancia por tratarse de una sentencia equiparable a definitiva (art. 457 del C.P.P.N.), el recurso de casación se presenta inadmisibile por carecer de la fundamentación necesaria para demostrar su procedencia, exigible según el art. 463 C.P.P.N.

En efecto, el recurrente no logra demostrar el desacierto del tribunal de mérito al señalar que en la documentación, aportada como original, falta la firma del sindicado como administrador infiel, y que los documentos que han tenido para cotejar -“presentados por el fondo Hicks en el laudo arbitral que habría promovido”- resultan copias simples que no permiten tener por acreditada la condición de particular damnificado derivado de una “*convención escrita*”.

Antes bien, el impugnante trata de justificar, sin negarlas, las deficiencias formales puestas de manifiesto por el *a quo*. Así, se centran en tratar de demostrar que fácticamente existió la relación entre los distintos grupos empresarios -explicando el por qué de la falta de firma, y el aporte en copia-. Con ello, sin embargo, no logran demostrar el error del tribunal que advierte la

necesidad de que estén cumplidos aquellos requisitos formales para probar el enlace contractual entre las partes y así el carácter de particular damnificado de la firma que representa. En suma, la pretensa querrela no explica de modo concreto y razonado, por qué el *a quo* se encontraría habilitado a soslayar la falta de los requisitos formales requeridos.

Así, al no rebatir el recurrente de modo razonado todos y cada uno de los fundamentos brindados por el *a quo*, de modo de demostrar en qué consistiría el defecto de la decisión, el recurso padece del defecto de falta de fundamentación, y ha sido, por ende, mal concedido. Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

El abogado Alejandro Mitchell, obrando en representación de "ELP Investmend Ltd." (en adelante "ELP") sociedad constituida bajo la ley de sociedades en comanditas simples exentas de las Islas Caimán, ha recurrido en casación contra la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones por la que se confirmó la del juez de grado que había rechazado su pedido de que esa corporación fuese tenida como parte querellante en el proceso que tramita ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción n° 18 (causa n° 78.241/2002).

Sostiene el pretense querellante que "ELP" era titular de "República Holding Ltd." (en adelante "RHL"), sociedad constituida bajo las leyes de las Islas Vírgenes Británicas, y que ésta era a su vez era accionista del 31 % de "CEI Citicorp Holdings" (en adelante "CEI"), constituida bajo la ley argentina, empresa en la cual también era accionista lo que designa como "Fondo Hicks". Afirma que, a su vez, "CEI" era tenedora de diversas acciones, entre ellas del 50% de "Telefónica de Argentina", y de otras tenencias de "Telefé", "Altos Hornos Zapla", "Torneos y Competencias" y "Editorial Atlántida".

Según el relato del pretense querellante, "RHL" había contraído deudas con bancos extranjeros por aportes de capital hechos a "CEI".

Afirma también que esta corporación, y el "Fondo Hicks" decidieron vender las tenencias de "Telefónica de Argentina" y que el señor Raúl Moneta delegó al "Fondo Hicks" la administración del "*enorme patrimonio asociado a CEI*" y la gestión de venta de activos telefónicos. Sostiene que mediante el acuerdo se instruyó a la administradora para que los fondos obtenidos de la venta, que correspondiesen a "RHL" debían aplicarse a la cancelación de la deuda contraída por esta corporación, y para cuidar del saldo remanente, y también que debía cuidar de la administración de las sociedades que no se vendiesen, entre ellas de "Cablevisión S.A."

El pretense querellante sostiene que este acuerdo se realizó mediante el llamado "Partnership Agreement" de 8 de julio de 1999, firmado por "ELP" y por "HMTF-AMI", que sostiene pertenece al "Fondo Hicks" como socios comanditarios, y por "AMI Management Ltd." como socio comanditado. Según ese acuerdo de asociación se firmó también un acuerdo de contribución o "Contribution Agreement" por el que "ELP" aportaba sus acciones en "RHL", y el 50 % de una opción de compra en "CEI", otorgada por "IEI".

Se queja de que el "Fondo Hicks" cometió diversos actos infieles en infracción al acuerdo de asociación, perjudicando a "ELP" y a "RHL", afirmando que vendió los activos telefónicos de "CEI" en U\$S 3.000.000.000, de los cuales U\$S 1.000.000.000 pertenecían a "ELP", que canceló deudas de "ELP" por aproximadamente U\$S 170.000.000, y que "*el resto del dinero desapareció*", que el socio comanditado "*infló gastos y honorarios*" que dedujo del crédito de ELP", y que desvió dinero para comprar más acciones de "Cablevisión" a precios inflados, con dinero de "ELP", tomando el "Fondo Hicks" control del 50%, dejó impaga una parte sustancial de la deudas a cancelarse. Finalmente que los funcionarios del socio comanditado, que administraban "ELP", renunciaron en

nombre de "RHL", sin contraprestación alguna, a la opción de compra del 5,99% de las acciones de "CEI".

Expresó que inicialmente se había admitido la actuación de "ELP" como parte querellante, y después de relatar las vicisitudes a partir de que se hizo lugar a una excepción de falta de personería, de 13 de agosto de 2009, y de sus presentaciones ulteriores realizadas con el fin de acreditar representación suficiente de "ELP", señaló que el juez había rechazado su nuevo pedido de ser tenido como parte querellante, porque a su juicio sólo podría querellar al comanditado la asociación constituida por el "Partnership Agreement", decisión que fue apelada y el rechazo confirmado por decisión de 22 de diciembre de 2009, porque la cámara declaró que *"no estaba en condiciones de analizar si "ELP" podía ser particular damnificada"* pues la documentación había sido aportada en copia simple.

El pretense querellante sostiene que decidió consentir lo decidido, y superar el defecto aportando un ejemplar del contrato denominado "Partnership Agreement" señalando que éste ejemplar estaba firmado por Paul Burton Savoldelli en representación de "HMTF-AMI (SP) Ltd", que calificó como *"vehículo utilizado por el Fondo Hicks"* para la constitución del acuerdo de asociación, y que en ese ejemplar estaban estampadas las dos firmas de los socios comanditarios, alegando que ello es lo que importa para decidir si "ELP" tenía derecho a querellar.

Sobre esa base afirma el recurrente que no había dudas de que el "Fondo Hicks" administró las acciones de "RHL" (fs. 17), de la cual "ELP" era a su vez accionista, y que la actividad *"incluye el manejo del dinero cobrado en nombre de ELP a partir de la venta de CEI"*, sintetizando que *"fue en el contexto de esa gestión que el Fondo Hicks llevó a cabo los numerosos actos de administración fraudulenta, incluyendo el posterior vaciamiento de Cablevisión"* (ibídem).

Señala el pretense querellante que el juez reprodujo “*en forma calcada*” la anterior decisión por la que había declarado que “ELP” no tenía legitimación para querellar. En su apelación el pretense querellante sostuvo también, en lo que concierne a la administración fraudulenta en perjuicio de Cablevisión S.A. que, si la sociedad era manejada por aquellos a quienes se imputa el fraude, no podía exigirse que la sociedad extendiese el poder para querellar, y debía reconocerse el derecho de los accionistas –en el caso “ELP”- de promover querrela.

La cámara de apelaciones, sin embargo, no se pronunció sobre este punto, y confirmó la resolución recurrida, por decisión de 6 de abril de 2010, aunque por otras razones. Evocó su decisión anterior de 22 de diciembre de 2009, y expresó que “*La documentación aportada con posterioridad por la pretensa querrela no modifica lo expuesto por cuanto el supuesto original de dicho convenio presenta iguales deficiencias, es decir, no exhibe firma alguna de quien se encuentra señalado como administrador infiel*”. Agregó que “*Tampoco varía el análisis del asunto la copia del citado ‘Partnership Agreement’ que estaría suscripta por el socio comanditado y se correspondería con el ejemplar presentado por el fondo Hicks en el laudo arbitral que habría promovido, en tanto no se trata de documentación original y su simple cotejo con la acompañada como tal, denota que son incompatibles*”. Y concluyó que “*Las deficiencias señaladas no deben analizarse en el transcurso de la investigación, como lo sostiene el recurrente, pues resultan dirimentes para tratar la calidad de particular damnificado de la firma que representa, derivada de una convención escrita*” (confr. fs. 105/105 vta.).

-II-

En el recurso de casación el pretense querellante refuta esta afirmación. Sostiene que las argumentaciones del *a quo* están “*aparentemente orientadas a una verificación exhaustiva de la **prueba de la autoría de la***

administración fraudulenta (pues lo que pareciera buscar es la firma del representante del vehículo del fondo Hicks 'AMI Management Ltd.' en el Partnership Agreement, dado que figura en él como el 'administrador de la encomienda'), son más propias del cometido del sumario, que de la constatación de los requisitos inherentes a la aceptación del rol de querellante".

Insiste en que *"la única firma que importa, en rigor, en el Partnership Agreement, para constatar el derecho de ELP de querellar, es la de la propia ELP, pues lo que se debe verificar en esta emergencia es el rol de víctima del delito y no la identidad del autor del mismo, que es a lo que apunta el errado razonamiento de [la cámara]"* (fs. 124).

También se queja de que la resolución recurrida ha omitido toda consideración de los hechos de administración fraudulenta cometidos en perjuicio de Cablevisión S.A., denunciados por "ELP", por los que "ELP" se ha presentado como querellante. Afirma que si bien el derecho de querellar de "ELP" deriva del "Partnership Agreement", no sólo de ese documento nace tal derecho. Reitera que *"ELP poseía, a través de vehículos meramente formales de tipo holding, el 15,5 % de Cablevisión S.A."*, que *"Los restantes accionistas de Cablevisión S.A. eran el fondo Hicks y el grupo Liberty (y en una medida menor Citibank)"* y que *"Las maniobras denunciadas tienen el común denominador de beneficiar al fondo Hicks y a Liberty (pues ambos se repartieron por partes iguales la administración de Cablevisión S.A. mientras se cometieron los ilícitos que nos ocupan), aunque también a Citibank [...]* y que el único perjudicado fue "ELP". A continuación desarrolló las razones por las cuales debía admitirse que "ELP" era accionista de "Cablevisión S.A." (confr. fs. 125) y destaca que *"detrás de muchas de las grandes corporaciones o grupos económicos, existen tramas societarias complejas, meramente formales, constituidas por sociedades tipo holding (radicadas muchas veces en jurisdicciones que ofrecen ventajas de orden legal e impositivo), detrás de las cuales están y actúan verdaderos socios. Eso es*

precisamente lo que ocurría en el caso de Cablevisión S.A., según ya se explicó” (fs. 126).

En la audiencia celebrada a tenor de los arts. 454 y 465 bis C.P.P.N, el apoderado del pretense querellante sostuvo los argumentos y pretensiones del recurso de casación, y se extendió en señalar que todas las sociedades del Fondo Hicks han sido constituidas *off shore* en las Islas Caiman, precisando que la imputación que dirige la querrela es contra los señores Hicks y Savoldelli, pues “*el hecho formal de que uno de los vehículos que haya firmado sea una sociedad off shore no le quita relevancia [a la imputación]*”. Destaca que esas corporaciones tienen la sigla “AMI” que corresponde al término “Argentina Media Investment”, que es el negocio de inversión en medios que vino a hacer el señor Hicks en la Argentina. Concluyó que, en todo caso, la discusión sobre quién es el imputado o el damnificado debería tener lugar una vez que hubiese un auto de procesamiento o de sobreseimiento.

En otro orden, en lo concerniente a la denuncia de administración fraudulenta en perjuicio de Cablevisión S.A. después de señalar cómo estaban repartidas las tenencias accionarias de esa sociedad, insistió en que ELP debía ser tenido por accionista de Cablevisión, y señaló que todo el directorio de esta sociedad estuvo involucrado en la administración fraudulenta, por lo que no era plausible que se querellara a sí mismo, de modo que debía admitirse el derecho del accionista a promover querrela.

A su turno, los defensores Jorge Julián Kent y Santiago Nicolás Kent, sostuvieron que el recurso debía declararse mal concedido, pues el poder extendido para formular querrela, debía ser interpretado –según el art. 1899 del Código Civil- en el sentido de otorgar mandato conjunto pero no indistinto, de modo que el recurso interpuesto por sólo uno de los apoderados es inadmisibile.

En cuanto al fondo, alegó que no era excusable la falta de presentación de un ejemplar original del “Partnership Agreement” después del tiempo transcurrido, destacó que no se ha presentado un contrato firmado, y que

para poder adjudicar el rol de querellante se hace necesario el contrato escrito, porque el vínculo entre las partes se demuestra con ese contrato. Disputó, así, que se tratase solamente de una cuestión relevante para la atribución de autoría.

En otro orden alegó que "ELP" nunca fue accionista directa de "Cablevisión S.A.", que por ende no tiene derecho para pretender querellar. Señaló que también "ELP" eligió constituirse bajo las leyes de las Islas Caiman, y eligió tener "un universo de vehículos societarios", arguyendo que la imposibilidad de querellar en la Argentina era una consecuencia de esa elección de "ELP". Finalmente hizo notar que el dictamen de la fiscal de primera instancia cuando apela la prescripción de fs. 11/12, examina la situación de "ELP" y en el se explica por qué no tiene relación con "Cablevisión S.A.".

A su turno, el doctor Castex, abogado de Marcelo Bombau, Alejandro Messineo y Javier Petrantorio, destacó que "ELP" ha reconocido que no es accionista de "Cablevisión S.A." de suerte que la jurisprudencia invocada que admite el derecho de querrela de los accionistas por administración infiel de la sociedad no era aplicable al presente caso. Afirmó que "ELP" optó por una estructura normativa que impedía considerarlo accionista de aquélla, y que si hubiese querido, no habría tenido obstáculo para comprar directamente acciones de "Cablevisión S.A.". Argumentó que el hecho de que no hubiese intentado ante la justicia comercial ninguna acción por esta causa confirmaba que "ELP" no se consideraba accionista de aquélla. Después concluyó que si el pretense querellante escogió una estructura jurídica, no puede pretender después un derecho que la ley no le reconoce.

-III-

Como cuestión preliminar observo que la objeción de la defensa de Marcos Clutterbuck, Eric Neuman, Thomas O. Hicks, Paul Burton Savoldelli, Charles W. Tate, Jack D. Furst, Brian Mulrone, Dan H. Blanks, César Báez, John

Paul Civantos, Kevin O'Mara, a la admisibilidad del recurso de casación no puede sustentarse, como lo pretende, en el art. 1899 C.C..

Esta disposición establece que: “[c]uando el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, entiéndese que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados, con las excepciones siguientes:

- 1 Cuando hubieren sido nombrados para que funcionen todos o algunos de ellos conjuntamente;
- 2 Cuando hubieren sido nombrados para funcionar todos o algunos de ellos separadamente, o cuando el mandante hubiere dividido la gestión entre ellos, o los hubiese facultado para dividirla entre sí;
- 3 Cuando han sido nombrados para funcionar uno de ellos, en falta del otro y otros.”

Ahora bien, contra lo que sostiene el defensor, la regla general está constituida por la provisión del primer párrafo. Señala la doctrina que el primer párrafo debe entenderse en el sentido de que si se hubiesen designado varios mandatarios “*la aceptación de uno impide la ulterior aceptación y ejercicio del mandato por los restantes*”, (confr. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil-Contratos*, 9^a. Edic., La Ley, Buenos Aires 2008, tomo II, p. 436, y sus citas). Se explica que “*La regla general del art. 1899 es meramente interpretativa de la voluntad del mandante*” y que “*si de los términos del poder se desprendiera claramente que la designación fue hecha para que los mandatarios actúen conjunta o indistintamente, la aceptación de uno no impide la de los restantes*” (ibídem). Los incisos a, b y c de ese artículo, permiten como excepciones a la regla interpretativa la manda conjunta, la manda indistinta o separada y la manda sucesiva.

El defensor pretende una interpretación que priva de todo sentido al primer párrafo de la regla general, pues pretende que, si se designa para actuar a más de un mandatario, entonces debería entenderse que el mandato ha sido

extendido para actuar conjuntamente, aunque ello no surja de modo expreso del instrumento, y que al contrario, las demás modalidades deberían surgir de modo expreso de su texto. Si se admitiese esa interpretación, el primer párrafo jamás tendría aplicación.

Sentada la interpretación legal, se observa que el testimonio del instrumento del poder especial para querellar presentado en los autos principales (fs. 2303/2304), no declara de modo expreso que los mandatarios designados deberán actuar de modo conjunto, por lo que a falta de excepción a la regla general debe entenderse que el mandato debe ser aceptado por el primero en el orden de mención. En el caso, resulta ser el abogado Alejandro Mitchell (fs. 2303). De tal suerte, aceptado el mandato por el mandatario especial con su primera presentación en este proceso (fs. 2305), y cualquiera sea el efecto que quepa acordarle a la presentación en el mismo acto del otro mandatario, resulta que el abogado Alejandro Mitchell tenía poder suficiente para interponer el recurso de casación de fs. 111/127 vta..

En cuanto al fondo de las pretensiones del recurrente, adelanto que el pretense querellante ha sustanciado suficientemente sus agravios, que exigen un tratamiento diferenciado.

a) **la pretensión de querellarse por los hechos objeto de denuncia de fs. 1/2 vta. de la causa principal.**

Sostiene el apoderado del pretense querellante, que su mandante -"ELP", acordó una asociación con otra corporación "HMTF AMI", para comanditar a una tercera corporación "AMI Management Ltd." para la venta de ciertas tenencias accionarias, el pago de ciertas deudas, el cuidado de ciertos intereses de los comanditarios, la realización de ciertos negocios y la rendición de ciertas cuentas sobre los saldos disponibles de la gestión.

Surge también de sus dichos que todos los que habrían tomado parte en ese “Partnership Agreement” serían corporaciones constituidas fuera de la República Argentina, bajo las leyes del lugar de su constitución.

Se refiere el recurrente al documento redactado en idioma inglés titulado “ARGENTINE MEDIA INVESTMENT L.P”, agregado a fs. 9/45 del legajo de este recurso (fs. 2420 y ss. del principal), cuya traducción obra en copia a fs. 46/80 de este legajo (fs. 2424/2459 del principal).

De esas copias surge que el acuerdo fechado el 8 de julio de 1999 es una actualización o modificación de uno anterior de 14 de mayo de 1999, bajo la calificación de “Limited Partnership Agreement”, celebrado bajo las leyes de las Islas Caiman (cláusula 17), inicialmente registrado por el socio comanditado ante el Registro de Sociedades en Comanditas Simples Exentas en las Islas Caiman (cláusula 2, letra e), y que se fijó domicilio legal en las Islas Caiman, en un domicilio postal de un tercero: “c/o W.S. Walker & Company, Caledonian House, P.O. Box 265, Grand Cayman, Islas Caiman, o cualquier otro domicilio que el Socio Comanditado designe oportunamente” (cláusula 2, letra c), esto es el domicilio legal ha sido establecido en una casilla de correo.

Surge también que intervienen como socios comanditarios que realizan aportes “ELP Investments”, sociedad constituida en las Islas Caiman y “HMTF-AMI (SP) Ltd.”, sociedad constituida en las Islas Caiman (cláusula 4 y definición de términos de la cláusula 1), y como socio comanditado “AMI Management Ltd.” (encabezamiento del contrato y cláusula de reforma n° 1, fs. 79). En el ANEXO A el socio comanditado “AMI Managment Ltd.” fijó domicilio en el de un tercero, a saber “c/o Hicks, Muse, Tate & Furst Incorporated, 200 Crescent Court, Suite 1600, Dallas, TX 75201”, y como referentes a César A. Baéz y Lawrence Stuart Jr. (fs. 78), y al único fin de notificaciones legales, en la misma casilla de correos de las Islas Caiman señalada por la Sociedad en Comandita (cláusula 14).

Finalmente se observa que existen dos ejemplares de la página 28 del contrato con el mismo texto, pero con una sustancial diferencia. Mientras que el primero tiene estampada una firma ilegible debajo de la rúbrica "GENERAL PARTNER. AMI MANAGEMENT LTD." (fs. 36), que aparece traducida como "SOCIO COMANDITADO. AMI MANAGEMENT LTD" (según fs. 77); el segundo es idéntico pero carece de firma bajo esa rúbrica.

Ahora bien, cualquiera que fuese el sentido y consecuencia que pudiese atribuirse a esa diferencia para la plausibilidad y éxito de una persecución penal contra persona determinada, la diferencia en sí misma es irrelevante a los fines de decidir la pretensión del representante de "ELP" de ser tenido como parte querellante.

La interpretación que ha hecho el *a quo* al asignar carácter dirimente a la disponibilidad un ejemplar auténtico y firmado del acuerdo de asociación (arg. "*dirimientes para tratar la calidad de particular damnificado de la firma que representa, derivada de una convención escrita*") conduce a una interpretación del art. 82 C.P.P.N., inconciliable con el art. 193 y frustratoria de las facultades que se reconocen a la querrela en el primer párrafo del primero.

No debe pasarse por alto que la hipótesis de la denuncia es que una o varias personas, todavía no identificadas nominalmente, pero que actuaban como agentes del socio comanditario, que tenían a su cargo la administración, el manejo o el cuidado de bienes e intereses de la corporación denunciante, según el llamado "Partnership Agreement", habrían realizado, con ánimo de lucro o de perjuicio, actos contrarios a los deberes asumidos según el contrato, perjudicando así los intereses de uno de los socios comanditarios.

A los fines de habilitar la instrucción la falta de disponibilidad de un instrumento escrito no podría constituir un obstáculo procesal, pues justamente, el objeto principal de la instrucción es "*1. comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. 2.*

Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad” (art. 193 C.P.P.N.), lo que incluye indagar sobre la existencia de un acto jurídico por el que –por hipótesis- ciertos socios han encomendado a otros la gestión de ciertos bienes e intereses de los primeros, la indagación de la identidad de las personas que llevaron adelante la ejecución del mandato, el modo, lugar y circunstancias en que lo hicieron, y eventualmente, la existencia de infracción al deber, ánimo de lucro o de perjuicio, y la constatación del perjuicio. Ese es pues el objeto de la instrucción.

Sin embargo, el *a quo* requiere al pretense querellante que al sólo efecto de ser admitido como tal, ofrezca prueba sobre algunos de esos extremos, en particular, un ejemplar del documento del acto jurídico (contrato), y la identificación del socio comanditado, a fin de juzgar si puede tenérselo como particular ofendido. Tal prueba, sin embargo, no es exigida por el art. 82 C.P.P.N. La ley sólo requiere se satisfagan las exigencias del art. 83 C.P.P.N., que no impone aportar ningún elemento de prueba. En todo caso, la relación del hecho requerida por el inciso 2 deberá ser lo suficientemente clara para poder apreciar, *prima facie*, si el pretense querellante podría ser considerado ofendido por el hecho objeto de ese relato. La demostración de que en definitiva ha sido el ofendido por el hecho objeto de la querrela corresponde a la decisión de mérito, y no a la de admisibilidad de su legitimación para querrellar. Más aún, exigirle que demuestre alguno o varios de los extremos de la imputación antes de que se decida sobre su legitimación para querrellar, pasa por alto que esa es una de las facultades que se reconoce a la persona admitida como querellante, esto es, la de proporcionar elementos de convicción (art. 82, primer párrafo, C.P.P.N.), pues en definitiva se le requiere que presente elementos de convicción para que pueda ejercer la facultad de impulsar el proceso y presentar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con el alcance que concede el código.

En todo caso, la ley no exige al pretense querellante la demostración que le requiere el *a quo*, y como contrapartida, pone a su cargo la responsabilidad

por las consecuencias de la querrela promovida sin derecho, por ejemplo, cuando se demostrase que éste no ha sido ofendido por el hecho objeto de su instancia persecutoria.

Por cierto, a partir de los dichos del representante del pretense querellante, de los de los abogados que han intervenido en la audiencia, y de ciertos términos de las cláusulas del llamado "Partnership Agreement", se suscita la pregunta acerca de la naturaleza jurídica de tal acto, de la ley que rige su ejecución, de la calificación jurídica y ley aplicable a la constitución y actuación de las corporaciones constituidas bajo la ley extranjera, incluso del lugar de realización de los actos que serían constitutivos del delito de defraudación denunciada, y de la ley aplicable a tales actos (arts. 1 C.P. y 18 C.P.P.N.), Tales cuestiones podrán en todo caso ser propuestas como objeto del sumario, pero no guardan relación con la cuestión traída a decisión de esta Sala.

Por ende, concluyo que al declarar la inadmisibilidad de la pretensión del representante de "ELP" de ser tenido como querellante en esta causa, por los hechos que había denunciado a fs. 1/2 vta., ha incurrido en errónea interpretación de la ley procesal, lo que impone anular lo decidido y ordenar se dicte nuevo pronunciamiento que decida, a la luz del relato de la pretensa querellante exigido por el art. 83, inc. 2, C.P.P.N., si ésta puede ser tenida como persona ofendida de los delitos que ha denunciado (art. 471 C.P.P.N.).

b) la pretensión de querellarse por los hechos objeto de denuncia de fs. 373/377.

También entiendo que debe anularse la decisión recurrida, porque el a quo ha denegado arbitrariamente la pretensión de ser tenido por parte querellante promovida por el representante de "ELP", en relación a los hechos objeto de la denuncia de fs. 373/377.

Al respecto, como se reseña en el punto anterior, el pretense querellante había expresado las razones por las que debía reconocérsele a “ELP” el carácter de accionista de “Telefónica de Argentina”, y también las razones por las cuales debía reconocerse a un accionista el derecho de querellarse contra los administradores de la sociedad anónima. El pretense querellante y las defensas habían debatido el punto expresamente. Sin embargo, el *a quo* omitió cualquier consideración de la cuestión, y se limitó a considerar la idoneidad de las copias del “Partnership Agreement”, sin detenerse a considerar que el primero había presentado su pretensión de que era accionista, de modo independiente de la cuestión acerca de las provisiones de ese contrato de asociación.

Esa omisión de tratamiento constituye en el caso arbitrariedad, que conduce a la anulación de lo decidido también en cuanto a este extremo de la pretensión deducida, e impone el dictado de nuevo pronunciamiento en los términos de los arts. 123, y 471, C.P.P.N.

-IV-

Por las razones expuestas, discrepo con la solución que viene propuesta, y voto por que se haga lugar al recurso de casación de fs. 111/127 vta., con el alcance sentado en el punto precedente, se anule la decisión de fs. 105/105 vta., y se reenvíe el caso para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento, con costas a las vencidas (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Liliana E. Catucci** dijo:

Tanto respecto a la correcta inteligencia de las normas procesales atinentes a la parte querellante como a la expresión conjunta contenida en el artículo 1899 del C.C., opino en el mismo sentido que el doctor García que debe revocarse lo decidido en contrario.

También por sus objeciones en torno a la ausencia de tratamiento de la posibilidad de que el representante de ELP pueda accionar por los hechos denunciados a fs. 373/7 considero que a su respecto el pronunciamiento es arbitrario y debe ser renovado en forma legal.

Me adhiero pues al voto del doctor García.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de casación de fs. 111/127 vta., con el alcance sentado en el punto precedente, se anule la decisión de fs. 105/105 vta., y se reenvíe el caso para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento, con costas a las vencidas. (arts. 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci - Luis M. García - Liliana E. Catucci. Ante mí: Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado, C.S.J.N.