



FORMULAN MANIFESTACIONES AMPLIATORIAS, REITERAN
PEDIDO PARA LA PRODUCCIÓN DE DILIGENCIAS
PROBATORIAS, RESERVAS,

Señor Juez Federal:

CARLOS DANIEL FROMENT y ANDRÉS AGUSTÍN GRAMAJO, abogados defensores de Carlos Humberto Ben, en la causa 1614/2016, manteniendo el domicilio constituido en Pedro del Castillo n.º 1435, CABA, ante V.S. nos presentamos y decimos:

I.- OBJETO.

Ocurrimos nuevamente ante V.S. con el propósito de efectuar manifestaciones ampliatorias y complementarias a las presentaciones efectuadas por esta Defensa en relación a los hechos ventilados en estas actuaciones, especialmente en lo que concierne a lo manifestado por el Fiscal.

A mérito de tales manifestaciones que se complementan a través de la presente pieza procesal, venimos a reiterar la petición oportunamente efectuada para que se provean las pruebas ofrecidas por esta Defensa en la medida en que tales diligencias resultan conducentes y útiles para determinar el debido encuadre legal de los hechos materia de las presentes actuaciones.

II. ANTECEDENTES.

Desde que nuestro defendido ha tomado noticia del trámite de las presentes actuaciones se han venido efectuando ante V.S. sucesivas postulaciones procesales en ejercicio de la prerrogativa procesal contemplada en el art. 73, CPPN.

Dichas presentaciones se encuentran, al día de la fecha, pendientes de resolución por V.S., resultando en consecuencia propicia esta oportunidad para ampliar dichas manifestaciones ponderando especialmente el resultado de aquellas diligencias procesales que, en dicho interin, se han materializado en estos obrados.

Particularmente nos referimos al informe producido en fecha 12 de julio de 2017 por "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." y a la comunicación remitida a V.S. en fecha 14 del mismo mes y año en curso por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas,

En efecto, en la nota 300558/17 de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", de fecha 12 de julio de 2017 se ha informado la situación actual de las obras materia de las presentes investigaciones.

Y en lo que concierne a la documentación remitida por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, en fecha 14 de julio de 2017, resulta muy llamativo lo informado por el funcionario

a cargo de dicha área del Ministerio Público Fiscal, quien ha remarcado el "destrato sin antecedentes y novedoso" que sufrió dicho funcionario por parte del Dr. DELGADO, una situación gravísima que evidencia el notorio apartamiento de dicho Fiscal en orden a los deberes y obligaciones que debió y debe observar como Fiscal de esta causa.

III. LA NATURALEZA DE "AGUA Y SANEFAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", EL RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS ACTOS Y PROCEDIMIENTOS, Y LA RESPONSABILIDAD DE SUS DIRECTIVOS.

Esta Defensa viene reseñando documentadamente el notorio y profundo desacuerdo en el que ha incurrido el Ministerio Público Fiscal al calificar los actos y procedimientos llevados a cabo por la razón social "AGUA Y SANEFAMIENTOS ARGENTINOS S.A.".

En efecto, a través de puntuales referencias al régimen jurídico que gobierna -desde su constitución hasta el día de la fecha- a aquella sociedad anónima, se ha demostrado que, contrariamente a lo reiteradamente manifestado por el señor Fiscal actuante, ni "AGUA Y SANEFAMIENTOS ARGENTINOS S.A." resulta una "empresa del Estado", ni sus directivos y funcionarios son ni fueron "funcionarios públicos" sometidos, en lo que concierne a las contrataciones llevadas a cabo por dicha sociedad comercial, a las normas que rigen en el ámbito de la Administración Pública Nacional.

Cabe entonces remitirse a los extensos desarrollos formulados por esta Defensa oportunamente en orden a lo normado en las leyes 19.550, 26.100 y 26.221, en el Decreto PEN N° 304/06 y en las normas reglamentarias y complementarias dictadas al efecto.

Es en función de ello que las aseveraciones formuladas por el Dr. DELGADO, en orden a la supuesta actuación de "funcionarios públicos" decididos a utilizar sus cargos para cometer delitos, a través de expedientes administrativos y de un modelo de contratación estatal irregular, "en perjuicio de las arcas públicas", resultan a todas luces equivocadas.

Igualmente erróneas son las alusiones formuladas por el mismo funcionario del Ministerio Público en orden al "régimen de los certificados de obra pública" y a la calificación de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." como una empresa nacional de servicios públicos.

Es que dicha razón social, como lo viene sosteniendo esta parte, se trata de una sociedad anónima que tiene la particularidad de ostentar como accionista principal al Estado Nacional, lo que en modo alguno modifica la naturaleza jurídica de una persona jurídica inscripta en la Inspección General de Justicia, con personal regido por la ley de contrato de trabajo y con normas propias en materia de celebración y ejecución de contratos.

Todo ello ha quedado perfectamente explicado a lo largo del debate parlamentario que precedió, en el Honorable Congreso de la Nación, a la sanción de la legislación a través de la

cual se ratificaron los Decretos 304/06 -sobre constitución de Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima- y 373/06, sobre modificación del decreto 304/06.

Sostuvo entonces el Diputado SNOPEK:

"También hemos escuchado algunas opiniones respetables sobre el tipo societario elegido. Se comenta por allí que tal vez sea por la agilidad, y en esto algo de razón hay. También se comenta que a lo mejor podría ser más apropiada una empresa del Estado o con participación estatal mayoritaria, de las tipificadas en la ley 19.550; esto también podría ser.

Pero cuando se va a tomar una decisión de esta naturaleza es adecuado y necesario -como en el caso anterior- tener en cuenta cuáles fueron los resultados de los casos paradigmáticos que se han dado en la Argentina respecto de ese tipo de sociedades.

Estudiando el tema apunté algo que incluso me lo hizo recordar una compañera de bancada, y es que en casi todos los casos en que se ha trabajado con una sociedad del Estado, ha sido el conjunto de la comunidad el que en definitiva -a través de esa sociedad del Estado- ha terminado pagando las cuentas de los eventuales errores o deficiencias.

Todos los pleitos y las acciones administrativas encarados en ese tipo de casos han terminado irremediablemente, de acuerdo con la experiencia que tenemos en la Argentina, perjudicando al conjunto de la comunidad, principalmente a los que menos tienen, porque a los que más tienen casi no les molesta obrar

un poco más o un poco menos. En cambio, a los que menos tienen puede significarles una afectación importante para la cobertura de sus necesidades básicas.

Entonces, entendemos que es mucho mejor -y el Poder Ejecutivo lo han creído así- el esquema de la sociedad anónima. Para que no queden dudas, el gobierno emitió un decreto que corrige o por lo menos complementa el anterior, citado expresamente en el dictamen de la comisión que vamos a comentar brevemente acto seguido."

A su turno, la Diputada CARRIÓN sostuvo:

"El señor diputado Snopk fue muy claro. ¿Por qué el gobierno elige una sociedad anónima de derecho privado, sujeta enteramente a la ley 19.550, sin crear una sociedad del Estado o por lo menos una sociedad con participación estatal mayoritaria? Como señalara el señor diputado, el gobierno elige aquella opción porque, en caso de crisis, el Estado no es responsable. ¿Qué quisieron decirnos? Que si la empresa tiene problemas eventualmente irá a la quiebra como una sociedad anónima y sus empleados tendrán que verificar sus créditos en un juicio comercial común; y el Estado no será responsable porque ésta no es una sociedad del Estado sino una sociedad anónima regida por el derecho privado. No importa que las acciones pertenezcan al Estado, porque la estatalidad de una sociedad está determinada por su régimen jurídico y no por su participación accionaria.

Por ello, no vamos a aprobar la ratificación de este decreto.

Por otro lado, si bien es cierto que se ha solucionado el problema de las acciones no transferibles -pues de lo contrario mañana el ministro De Vido podría venderlas a cualquier socio- está claro que la empresa tiene la absoluta libertad de asociarse con cualquier otra, aun con sellos y con empresas fantasma, y contratar con quien quiera, sin licitación pública. Además, sus empleados no están sujetos a otra regla que la del derecho privado, y una pésima o mala administración de esta sociedad anónima podrá determinar pérdida de la prestación del servicio para los usuarios y de los derechos de los trabajadores, a la vez que la irresponsabilidad absoluta del Estado argentino en la cuestión.

No hay responsables; esto no lo dice la oposición sino que acaba de señalarlo el señor diputado Snopak."

Manifestó luego el Diputado GIUBERGIA:

"Al analizar estas situaciones preguntábamos qué es esta empresa, y planteábamos la necesidad de que debe ser el Estado el que la controle y la tenga a su cargo. Esta empresa debe estar sujeta a todos los controles estatales. Como decíamos, para ello se puede hacer una empresa del Estado cuyo patrimonio afectado a la prestación de servicios públicos integre el dominio público. Conforme a la ley 13.653 y sus modificatorias, las empresas del Estado quedan sujetas al derecho privado en todo lo que se

refiere a sus actividades específicas, comerciales e industriales, y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que estuviera a su cargo.

Pero también en ese sentido están los contralores del Estado; las empresas del Estado son personas jurídicas, públicas y estatales. Consecuentemente tienen el contralor de la Auditoría General de la Nación, de la SIGEN, y en última instancia, de este Congreso Nacional.

Por eso nosotros venimos aquí a plantear la cuestión de la tipología de la empresa y de su estado. Por eso es importante que se nos aclare sobre esta cuestión, porque el artículo 11 de la ley dice que la sociedad anónima se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la ley 19.549 de procedimientos administrativos y sus modificatorias, del decreto número 1.023 del 13 de agosto de 2001, régimen de contrataciones del Estado y sus modificatorias, de la ley número 13.064, de obras públicas y sus modificatorias, y en general normas o principios del derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables.

Nosotros vemos que esta sociedad anónima va a estar regida por el capítulo II, sección V, artículos 163 a 307 de la ley 19.550, como lo dice el artículo 1º del estatuto, y también por las normas y principios del derecho privado. Por supuesto, no se van a aplicar las normas de los procedimientos administrativos, como se

dice aquí, del decreto 1.023, del régimen de contrataciones del Estado, de la ley de obras públicas ni ninguno de los controles.

(...) Por eso, desde este bloque de la Unión Cívica Radical venimos a rechazar este decreto de necesidad y urgencia y a decir que estamos presentando junto con la oposición y con los sectores que nos quieren acompañar un proyecto de ley por el que se va a crear una empresa del Estado que esté al servicio de los argentinos, que sea total y absolutamente controlada y con la transparencia suficiente y necesaria para prestar estos servicios. Una empresa del Estado que les sirva, en definitiva, a los argentinos. Además, como lo establece el artículo 42 de la Constitución Nacional, los usuarios deben tener participación en cada uno de los organismos de controlor. Se debe establecer la necesidad de dictar por ley un marco regulatorio para que nunca más tengan esos 15 millones de habitantes de la Capital Federal y del conurbano bonaerense que estar a merced de un funcionario público sin ningún tipo de responsabilidad."

Se pronunció luego la diputada por la Provincia de Buenos Aires Graciela CAMAÑO, que acompañó el voto mayoritario que convalidó los Decretos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional:

"En primer lugar, queremos decir que bajo ningún punto de vista estamos en presencia de una reestatización. Eso se desprende de la simple lectura de la iniciativa. Desde el punto de vista de la pertenencia accionaria estamos en presencia de una

empresa en la que el Estado va a tener mayoría, pero que es una sociedad anónima.

Es una persona jurídica de derecho privado con un 90 por ciento de acciones en poder del Estado. Esta empresa brinda un servicio público. Creo que es el meollo de la cuestión para la resolución de muchos interrogantes aquí planteados."

Hizo luego uso de la palabra el Diputado por la Provincia de Buenos Aires Pablo Gabriel TONELLI:

"A nuestro juicio, es un error haber creado una sociedad anónima lisa y llana y no haber optado -como hubiera correspondido- por la figura de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, que también está prevista en la ley 19.550.

Si este mismo Congreso en su oportunidad dedicó un capítulo especial en la ley de sociedades anónimas a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, por algo habrá sido. Entre otras cosas, porque esta sociedad anónima va a tener problemas en su funcionamiento, pues al ser una sociedad anónima de la sección V y no de la sección VI del capítulo II de la ley de sociedades anónimas va a sufrir restricciones -como la del artículo 264, inciso 4º) o la del artículo 272- que no hubiere tenido si hubiera sido una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. De modo que allí hay vicios y dificultades que inclusive van a provocar que esta sociedad tenga problemas en su desenvolvimiento."

Se refirió luego a esta cuestión el Diputado POGGI, de la Provincia de San Luis:

"Por las formas podríamos debatir el ropaje jurídico que asume esta nueva empresa, esta manera que el Poder Ejecutivo nacional ha encontrado de crear sociedades anónimas sujetas a derecho privado pero que manejan fondos públicos sin ajustarse a la ley de procedimientos administrativos, al régimen de contrataciones del Estado, a la ley de obras públicas y al régimen de contrataciones de personal del Estado, todo bajo el gran rótulo de una estatización.

Es una estatización pero de un Estado paralelo, extrapresupuestario, fuera de los controles normales de la hacienda pública y de este Congreso Nacional. Imagínense, no controlamos lo presupuestario, cómo vamos a controlar lo extrapresupuestario, que es donde va a estar esta sociedad anónima.

El Poder Ejecutivo usa el argumento de que no someter a esta nueva empresa al derecho administrativo sirve para dar fluidez operativa al servicio, lograr una mejor adecuación a los cambios o contingencias y para garantizar la continuidad y regularidad de la prestación. Esto está dicho en los fundamentos del decreto 304 y nosotros tenemos dudas del tema.

Esta es una empresa monopólica sin competencia, con un mercado cautivo, y no va a existir otra empresa que va a realizar un acueducto o un desagüe cloacal para competir. Obviamente que el usuario, como acontece con estos monopolios naturales -así debe ser, utiliza la única oferta, que es la de la

empresa monopólica. Entonces, ¿qué problema habrá de crear una verdadera sociedad del Estado, con una legislación ajustada a los tiempos, que fuera moderna y que le confiriera a esta sociedad la flexibilidad necesaria para actuar con eficiencia? Lo que acabo de manifestar tiene que ver con las formas."

También opinó el diputado Claudio LOZANO:

"Con esto aparece la primera preocupación, que es la que aquí ha sido planteada: si coincidimos en la necesidad del carácter público de la actividad de la cual estamos hablando, move a discusión el hecho de que no se haya utilizado ninguno de los instrumentos legales disponibles para garantizar esto, ni la sociedad del Estado que en todo caso permitiría la ley 20.705, ni la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, tal cual lo permitiría la ley 19.550. Es decir, no se entiende por qué existiendo dos instrumentos legales que podrían garantizar el predominio del Estado y del interés público en la actividad, éstos no son utilizados y se cree otra forma -que podríamos llamar engendro a como se quiera- que ciertamente no tiene tipificación dentro de la normativa vigente.

Es más, estamos ubicados en la misma discusión que tuvimos en esta Cámara -y esto lo recordaba el señor diputado Godoy- en el momento en que tratamos la situación de ENARSA.

En realidad, me parece que el hecho de que se utilice un instrumento de esta naturaleza abre la discusión que estamos planteando aquí. En primer lugar, aparecen argumentos desde la vereda oficial señalando que se busca una suerte de mayor

agilidad. También aparecen cuestionamientos que dicen: "No, esto tiene que ver con el hecho de eludir controles o con una hipotética pérdida futura de la mayoría estatal." Supuestamente, con la reforma que viene a proponer el Poder Ejecutivo con el decreto posterior, nos dice que eso no va a ocurrir y que, efectivamente, se va a mantener la mayoría estatal. Por lo tanto, si con el último decreto resulta menos entendible si estamos decididos a garantizar una sociedad anónima con mayoría estatal permanente, entonces ¿por qué no utilizar el instrumento legal disponible, vinculado con la ley 19.550?

Ciertamente, el argumento de la agilidad es muy discutible. Está plagado de ejemplos. Se acaba de dar uno a nivel internacional de sociedades del Estado que funcionan muy bien, y de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria que tienen un buen rendimiento. Nada podrá decirse en contra de la enorme rentabilidad que PDVSA o Petrobras pueden demostrar. Efectivamente, son sociedades de estas características.

Por lo tanto, no parece muy razonable este tipo de argumentación, del mismo modo que aquella que otro de los miembros informantes del bloque de la primera minoría hizo cuando intentó decir que las sociedades del Estado por definición son deficitarias. De esta forma, prácticamente recuperó el tipo de lógica, código y criterio que el paradigma de los 90 instalara en la Argentina."

Se pronunció luego el diputado Carlos Alberto Tinnirello:

"(...) La pregunta es si con relación al agua ello es distinto. Sinceramente, no sólo no es diferente sino que taxativamente se reconoce -también lo han dicho aquí algunos diputados, a quienes reivindico- que no se trata de una reestatalización, sino de la constitución de otra empresa privada que se manejará con las reglas de dicho sector. Simplemente, la mayoría de las acciones las va a tener el Estado.

Aunque alguien se sorprenda de que diga "simplemente", cuando se me señala que el Estado tendrá el 90 por ciento de las acciones, insisto en que la empresa no dejará de ser una sociedad anónima o una empresa privada con mayoría accionaria estatal."

Se refirió también a la cuestión el Diputado Víctor Zimmermann:

"Aquí vemos que se ha utilizado un decreto de necesidad y urgencia que crea una sociedad anónima que se va a regir por la normativa del derecho privado, que va a estar exceptuada del régimen de contratación, es decir, de todas las normas del derecho público.

Algunos llegaron a entender y a decir que era una reprivatización. Eso lo discutímos hace unos días en la reunión conjunta de las comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Obras Públicas.

¿Qué se hizo entonces para no dejar lugar a dudas? Se sanciona un nuevo decreto de necesidad y urgencia que

establece limitaciones con respecto a la transferencia de sus acciones. Y ahora tenemos una sociedad anónima atípica, que no tiene tipificación alguna en nuestro régimen de sociedades o de leyes comerciales.

Por eso digo que es cierto que podríamos transformar la realidad, pero entendemos que tendríamos que haberlo hecho por ley. Aquí se ha dicho que uno de los argumentos era la premura, el tiempo. Nos hemos pasado discutiendo durante más de quince días este tema y podríamos hacerlo prácticamente sin ningún inconveniente por una ley que elija un tipo societario como una sociedad del Estado.

Sabemos que ese sistema funciona en muchas provincias argentinas, incluso en algunas con caracteres internacionales, y a diario vemos resultados altamente positivos."

De modo entonces que, más allá del sentido -favorable o desfavorable- de las opiniones emanadas de los legisladores intervenientes acerca del proyecto de Ley por ellos analizado, queda demostrado de manera evidente y fehaciente que los Decretos del Poder Ejecutivo convalidados por el Honorable Congreso de la Nación consagraron la creación de una sociedad anónima regular -ni siquiera una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria como la regida en los arts. 308/312, Ley de Sociedades Comerciales-, ajena por ende a las estructuras de la Administración Pública estatal.

El hecho de que la Auditoría General de la Nación (AGN) haya efectuado informes, guarda relación con la competencia que dicho órgano tiene según el Estatuto de AYSA y dado que dicha empresa recibe fondos del Estado Nacional, sin integrar su estructura (del mismo modo que la AGN fiscalizó a la Asociación del Fútbol Argentino, sin que ello implique que dicha entidad haya sido o sea parte de la Administración Pública).

Ese equivocado enfoque del Sr. Fiscal es relevante a la hora de analizar jurídicamente los hechos materia de las presentes actuaciones.

En las auditorías de AGN se caracteriza a AySA en línea coincidente con lo expuesto precedentemente.

Así, por caso, en la Resolución N° 165/16 (Actuación AGN N° 329/14) se refiere lo siguiente:

"3.1 Generalidades:

A través del Decreto N° 304/06, ratificado por Ley N° 25.100, se dispuso la constitución de la sociedad "Agua y Saneamientos Argentinos SA >>; en la órbita de Secretaría de Obras Públicas del MiNPLAN bajo el régimen de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (sección V) ... La misma norma excluyó a AySA del ámbito de las leyes de Procedimiento Administrativo, de Obras Públicas y del Régimen de Contrataciones del Estado ..."

Luego agrega:

"La Norma General aplicable a la gestión de obras de la empresa, y sin perjuicio de las disposiciones de cada pliego en

particular, es el "Manual de Procedimientos" de gestión de contrataciones de obras, bienes y servicios", aprobado por el Directorio de la empresa el 27/09/07 y sus versiones y revisiones posteriores. El anexo 12 del manual es el "Pliego de bases y condiciones generales para licitaciones y concursos de precios para la contratación y ejecución de obras.

Asimismo, AySA dictó un instructivo de certificación de excedidas, adicionales y ampliaciones que rige el procedimiento y requisitos a cumplimentar para certificar ese tipo de partidas, así como las ampliaciones de obra."

Expresamente, el documento indica que el procedimiento "se aplica a la certificación de partidas excedentes, adicionales y ampliaciones de obra cuya valorización económica no excedan el 30 % del monto del Contrato de obra. (Manual de Procedimientos de Gestión de Contrataciones de Obras, Bienes, y Servicios, Anexo 10 Instructivo Tolerancias)">>.

La Fiscalía tiene esta información más toda la que se agregó a la causa. Cabe entonces preguntarse por qué se refiere Funcionario Público y a Derecho Administrativo?

La Empresa está regida por el derecho privado por lo cual dicta su propia reglamentación y sujeta a ella todas sus decisiones, incluidas las contrataciones.

Pero en ese mismo documento la AGN detalla que: los órganos de gobierno de la sociedad son: 1) Asamblea como órgano deliberativo; 2) Directorio con Función de Representación y

Administración y 3) Comisión Fiscalizadora, en su carácter de Órgano de Control y vigilancia del Directorio.

Los miembros del Directorio son designados por la Asamblea en un número mínimo de 3 y un máximo de 5, pudiendo nombrarse igual número de suplentes, con mandato de 3 ejercicios con posibilidad de reelección.

La naturaleza jurídica de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." se encuentra a su vez perfectamente alcanzada por las normas del Código Civil y Comercial, cuyos arts. 145 a 149 establecen:

"ARTICULO 145.- Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas.

"ARTICULO 146.- Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas:

a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;

b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;

c) la Iglesia Católica.

"ARTICULO 147.- Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo,

capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.

"ARTICULO 148.- Personas jurídicas privadas.

Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;
- f) las mutuales;
- g) las cooperativas;
- h) el consorcio de propiedad horizontal;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

ARTICULO 149.- Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

ARTICULO 150.- Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen,

a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.*

Claramente el Código Civil y Comercial establece qué debe entenderse por personas jurídicas privadas, dejando establecido que la participación del Estado en las mismas no modifica el carácter de ellas, las que en consecuencia quedan regidas por las normas específicas que gobiernan su funcionamiento y no por normas del Derecho Público.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no es el Estado Nacional, ni es una entidad autárquica, ni ha sido definida en la normativa que dispuso su creación como una sociedad estatal.

Se trata de una persona jurídica privada que tiene la particularidad de tener como integrante titular de acciones al Estado Nacional, lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 149, CCyCN, no altera la naturaleza jurídica de la entidad.

De ello se deriva que los directivos de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no revisten la condición de funcionarios públicos a los fines de hacer efectivas responsabilidades legales.

En efecto, funcionario público es aquel que participa o cumple una función pública, en el sentido que le da el Derecho Administrativo. Una persona participa del ejercicio de funciones públicas si el Estado ha delegado en ella, de modo exclusivo o en participación con otros, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes del gobierno, ya sea nacional, provincial o municipal.

Resulta claro que estamos hablando de un concepto estrictamente jurídico (con ciertas precisiones que mejoran las deficiencias del lenguaje natural) cuya base de legitimación se encuentra en el real ejercicio de una función pública. Esta expresión "función pública" indudablemente debe servir de guía rectora para decidir los casos que aparecen como dudosos. Sin dudas el ordenamiento jurídico en su conjunto nos debe ayudar a justificar la conclusión. En nuestro caso, la cabal demostración de que los directores de la Sociedad Anónima en cuestión no son funcionarios públicos, ni para el Derecho Penal ni para ninguna otra rama del ordenamiento jurídico.

Concretamente el planteo surge cuando en un caso no resulta clara o evidente la condición de funcionario público ya que el Estado adopta diferentes formas jurídicas para ejercer su

potestad o para delegarla; o simplemente decide no ejecutarla y dejarla fuera del ámbito estatal.

Sin pretender agotar las formas jurídicas que se utilizan, podemos mencionar como las más comunes a las entidades privadas con y sin participación estatal, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades con participación estatal y, dentro de esta última forma, las sociedades anónimas con participación estatal.

Debe atenderse, así, al régimen jurídico y todas sus consecuencias; la titularidad de patrimonio; la finalidad de actuar por ejemplo como banco comercial y la consiguiente finalidad de lucro; entre otras, y principalmente cuáles son los criterios o parámetros relevantes tomados en cuenta por la jurisprudencia local y nacional respecto de dos aspectos centrales: que no se trata de funcionarios públicos aquellas personas que se desempeñan en el ámbito de una sociedad anónima, y que los fondos que pueda aportar el Estado deja de pertenecer al mismo y pasa a integrar un patrimonio diferente al del Estado, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no goza de los privilegios y prerrogativas de la Administración, ni de sus competencias y sus actos carecen de ejecutoriedad.

Su creación por transformación fue dispuesta por el Estado mediante un acto institucional y quienes concurrieron a celebrar el contrato en nombre del Estado lo hicieron como

funcionarios públicos, pero sus directores, miembros del consejo de vigilancia y sindicos, son designados según la normativa de la ley de sociedades y no revisten el carácter de funcionarios públicos, sin embargo si de funcionarios de la sociedad a la que pertenecen, con las correspondientes responsabilidades societarias.

De allí algunas consecuencias prácticas que justifican la afirmación anterior de que sus miembros no son funcionarios públicos. A saber:

En esta estructura peculiar de Derecho Privado, no es posible el control administrativo y en particular no proceden los recursos de alzada al carecer de carácter administrativo los actos que lleva adelante la sociedad.

El control judicial de los actos se resuelve (y debe resolverse) ante los tribunales ordinarios de conformidad con las normas de Derecho Privado o del Derecho Laboral aplicable.

Así también su finalización y el destino de los bienes que integran la Sociedad Anónima se rige por la Ley de Sociedades Comerciales.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." está constituida en los términos de la Ley de Sociedades Comerciales.

Designa su Directorio y sus Sindicatos mediante la celebración de una Asamblea Ordinaria, tal como lo indica la mencionada ley.

Se remueven sus autoridades por las causas y mediante los procedimientos de la Ley de Sociedades Comerciales.

La Asamblea aprueba sus balances y la gestión de los directores.

La Asamblea extraordinaria es la que aprueba las modificaciones al Estatuto -en caso de ser necesario-, o los aumentos de capital.

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." paga todos los impuestos provinciales y nacionales del mismo modo que todas las S.A. que tienen capital exclusivamente privado.

Todo su personal está contratado bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo.

El control de toda la documentación societaria de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." es efectuado por la Inspección de Personas Jurídicas como en el resto de las sociedades comerciales.

El marco normativo puede sintetizarse en lo que establecen la Constitución Nacional, el Código Penal y la Ley de Ética Pública que en su art. 5 menciona algunos de los que deben ser considerados funcionarios públicos. La C.N. dice en su art. 36 in fine que: "...El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función...", circunstancia que ocurrió mediante la ley 25.188 conocida como Ley de Ética Pública.

El Código Penal establece en su art. 77: "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este

código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Es clara la remisión que se hace a la *actividad* que desempeña la persona toda vez que para ser funcionario público debe participar o llevar adelante una función pública. De allí la necesidad de profundizar un poco más sobre este punto.

En especial sobre el tema de la función pública, el art. 1 de la Ley de Ética Pública (25.188), expresa que en el ejercicio de la función pública, se establecen "un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables..." respecto a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías y, de manera similar a lo que dispone el mencionado art. 77 del C.P., establece que debe entenderse por función pública "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades...".

Palabras más, palabras menos, son funcionarios públicos **todas** las personas que realicen cualquier actividad que pueda catalogarse como función pública.

Y el art. 5 menciona ejemplificativamente aquellas personas que pueden considerarse funcionarios públicos por realizar funciones públicas y, como es de esperar, no están los miembros de las Sociedades Anónimas con participación estatal, pero si están expresamente incluidos los miembros de las Sociedades del Estado,

empresas del Estado, Bancos Oficiales y el representante del Estado en las Sociedades Anónimas en las que participa el Estado. Es clara la redacción e intención del legislador cuando menciona —en lo que nos interesa directamente- no a los miembros del directorio de una Sociedad Anónima privada, en la nomenclatura del Código Civil y Comercial, cuya naturaleza jurídica no se ve modificada por el hecho de que uno de sus socios sea el Estado Nacional.

Estos son los tópicos relevantes para considerar en cada caso si nos encontramos ante un funcionario público o no.

Así lo tiene dicho la Excma. Cámara de Acusación de la provincia de Córdoba al sostener que "Corresponde señalar como primera cuestión que le asiste razón a la defensa en cuanto al hecho de que el Banco de la Provincia de Córdoba ya no es parte de la Administración Pública por cuanto fue transformado en una Sociedad Anónima de la que el Estado Provincial sólo posee la mayoría accionaria. Ello impide que el delito aquí achacado al imputado lo sea a tenor del art. 174 inc. 5º del CP, siendo suficientes los argumentos proporcionados por la defensa para negar a esta conclusión, a los que me remito en honor a la brevedad. Como consecuencia, en lo que respecta al cambio de calificación legal sobre esta cuestión corresponde hacer lugar al planteo defensivo..." (Cámara de Acusación in re: "Brizio, Gerardo Gabriel p.s.a. fraude en perjuicio de la administración pública", Expte. B-11/13, SACM nº 1062568- febrero 2014).

Las razones de la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, son bien sencillas y se remite a lo que nosotros más arriba denominamos "formas". Es decir, por la forma jurídica adoptada —en el caso bajo análisis por el tribunal- el Banco de Córdoba se puede inferir que no pertenece más a la Administración Pública.

Pero además hay que agregar un dato importante. Una cosa es que para comenzar una actividad, el Estado aporte dinero y lo coloque en un patrimonio ajeno a su propia órbita estatal (lo ingresa al patrimonio de una sociedad comercial y se desprende del mismo lo que permite afirmar sin hesitación que el Estado ya no es propietario de ese dinero, no es dinero suyo) y que ese patrimonio pertenece a persona jurídica distinta a la del Estado. Si pensamos en una entidad bancaria con solo pensar que una vez iniciada la actividad, y luego ya en funcionamiento, más del 80% del dinero es de particulares que colocan depósitos. De allí que no resulta difícil concluir que el dinero que se maneja, por ejemplo en un Banco, ya ni siquiera es el que originariamente aportó el Estado. Dicho esto, con trascendencia penal, si el dinero desaparece (por cualquier modalidad delictiva) del patrimonio de la Sociedad Anónima, no resulta perjudicado el Estado. Aunque sea repetitivo cabe decir que el patrimonio que disminuye es el patrimonio de la S.A. pero no el del Estado. Éste solo tiene acciones y puede obtener ganancias o perder lo que colocó en otro patrimonio bien diferenciado del patrimonio estatal.

No estamos en presencia -para el caso de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A."- de directivos de Sociedades del Estado ni Empresas del Estado.

En nada cambia todo lo dicho hasta aquí que en la Ley de Ética Pública se imponga a los miembros del directorio de la S.A. el deber de presentar la correspondiente declaración jurada, toda vez que esa sola obligación no lo convierte en funcionario público ni le asigna los derechos y beneficios que la ley le acuerda a ellos. Son solo sujetos mencionados en la ley con dicha obligación legal.

IV. ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA.

Esta Defensa considera que en el caso que nos convoca nos hallamos ante la actuación de un Fiscal que claramente, hasta la fecha, no ha sido ni objetiva, ni neutral, ni imparcial, ni seria, ni razonable y ni fundada.

Realmente no se alcanza a comprender por qué motivo el Fiscal considera a Carlos Ben autor de delitos que no se acreditan en autos de ninguna manera y mucho menos aún confundir su rol con el de un funcionario público y a la Empresa con un Organismo Estatal Público.

Una circunstancia que no se puede explicar es el hecho de que la Fiscalía, desde el inicio mismo de su actuación en autos circunscribió todo su accionar en la persona de Carlos Ben.

El caso debió desarrollarse de otra manera y se evidencia una determinación de búsqueda que permite lograr la acusación de una persona determinada: Carlos Ben y no otra.

El Fiscal parece orientar su actuación a investigar a una persona y no a investigar los hechos ventilados en la causa.

El Fiscal eludió la ponderación de la prueba que él mismo propuso, aferrándose a un documento "a medida" sin entidad técnica de pericia o similar, falaz, que ha determinado se reitere la solicitud de realización de una verdadera pericia, con los peritos de la CSJN.

En esta causa se denota que el Fiscal sólo ha manejado una consigna y persiste en ella a pesar de la abrumadora prueba en contrario.

No solo se trata de una acusación sin sustento si no que, además, no se encuadran en ninguna de las circunstancias y contingencias ya que, se reitera:

- NO HAY SOBREPRECIOS.
- LA MODIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS HAN SIDO JUSTIFICADAS
- LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS PLAZOS SE TRANSFORMAN EN MULTAS.
- LAS DIFERENCIAS DE CALIDAD (UN SOLO CASO) MOTIVÓ LAS ACCIONES CORRECTIVAS NECESARIAS EN SU MOMENTO.

- LA IMPORTACIÓN DE BIENES FORMAN PARTE DE LAS TRANSACCIONES LEGALES DE LA CONTRATACIÓN.

- EL ANÁLISIS DE UN ITEM REALIZADO INCORRECTAMENTE NO PROcede; AUNQUE FUERA CORRECTO TAMPOCO PORQUE SE DEBE ANALIZAR EL COSTO TOTAL DE LA OBRA.

- TODA LA DOCUMENTACIÓN (EN ABRUMADORA CANTIDAD) ACREDITAN EL ESTADO REAL DE LAS COSAS SOLO DEBE SOLICITARSE, ANALIZARSE.

- NO FALTAN CERTIFICACIONES EN ABSOLUTO.

- NO SE PAGARON MAYORES VALORES QUE LOS CORRESPONDIENTES.

- EL HECHO DE FIRMAR UN DOCUMENTO DE CONFORMIDAD CON LOS PROCEDIMIENTOS Y REGLAS APLICABLES NO CONVIERTEN A NADIE EN DELICUENTE.

Todo ello aparece acreditado a través de los testimonios de las siguientes personas que el Fiscal ni siquiera ha analizado debidamente:

- Cdora. Silvana Gentile.- (SIGEN)
- Ing. Carlos Donnoli.- (ex AySA)
- Cdor. Héctor Horacio Pagnataro.- (AGN)
- Ing. Pablo Bereciartúa.- (SSRR)
- Leonardo Meirelles.- (Brasil)

- Alberto Youssef.- (Brasil)
- Jorge Neira.- (Electroingeniería)
- Mauro R. Alfieri.- (AGN)
- Daniel A. Aguirre. - (AGN)
- Jorge A. Rovegno. - (AGN)
- Luis A Franco (COARCO)

Tampoco forman parte del análisis del Fiscal Delgado la presentación del Dr. Claudio Fernández sobre los contratos ni el facsímil de una entrevista realizada al Ing. José Luis Inglese (actual presidente de AySA) agregada a la causa pero no por Carlos Ben.

De igual manera procede con las actas de Asambleas que aprueban las memorias, balances y gestión del Directorio de AySA (la del año 2015 suscripta por las nuevas autoridades).

No toma en cuenta el informe del Departamento de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina que informa al Juzgado que no existe relación alguna entre Carlos Ben y las empresas investigadas.

No considera ni tampoco incluye la Addenda N°12 de la Planta Potabilizadora Juan Manuel de Rosas (Tigre-Escobar) suscripta por las nuevas autoridades que ratifica lo actuado en relación con la obra.

En la misma dirección no ha analizado ninguna de las presentaciones que desbaratan concluyentemente el documento

de consultoría realizado a medida por el Ing. Guitelman, al que califica de impecable.

Tampoco ha tomado en cuenta las presentaciones efectuadas con motivo del testimonio del referido Ing. Guitelman donde aporta datos que revelan la falsedad expuesta en varias de sus manifestaciones.

Ello demuestra de parte de la Fiscalía una animosidad particular con relación a nuestro defendido Carlos Ben, que pretende inhabilitar las medidas de defensa y colaboración con la causa.

V. LA ACTUACIÓN DE CARLOS BEN EN
RELACIÓN A LOS HECHOS INVESTIGADOS EN LAS
PRESENTES ACTUACIONES.

El debido análisis de las constancias probatorias reunidas en esta causa permite corroborar que nuestro defendido no confeccionó ni incidió siquiera en la realización de ningún presupuesto oficial de ninguna de las obras contratadas por AYSA que resultan materia de investigación en la presente causa.

Tampoco el Dr. BEN decidió adjudicación de obra alguna.

Su participación se limitó a intervenir en las reuniones del Directorio -del que resulta por supuesto miembro- en la forma que ilustran las actas correspondientes.

No determinó en forma personal ninguna contingencia de las referidas obras.

Ha sido el Directorio de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", en reuniones precedidas de los dictámenes correspondientes emitidos por las áreas técnicas competentes, el que sucesivamente debió pronunciarse sobre cada una de las addendas y redeterminaciones de precios que, por razones suficientemente documentadas, debieron llevarse a cabo a fin de asegurar el avance de las obras.

Y en ese marco, tras el cumplimiento acabado de todas y cada una de las etapas internas establecidas para la adopción de decisiones correspondientes a la sociedad AYSA, el Dr. BEN, como Presidente del Directorio de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." y representante legal de dicha firma, suscribió once (11) de las doce (12) addendas de Paraná de las Palmas y las tres (3) de Berazategui.

Pero tales instrumentaciones en modo alguno derivan del acto personal, deliberado y suficiente de nuestro defendido, sino que es la conclusión formal de una prolongada cadena de evaluaciones técnicas emanadas de organismos y estamentos internos y externos de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A."

Por ello es que resulta a todas luces desacertado el criterio seguido por el Sr. Fiscal, quien parece considerar que el Dr. BEN, por si y ante si, hizo y deshizo todo tipo de actos y

compromisos en perjuicio de la empresa concesionaria "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", cuando claramente se encuentra demostrado en esta causa, que dicha sociedad comercial, ha observado el cumplimiento de toda la normativa interna que regula el funcionamiento de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.".

Ello se ha visto reflejado en cada una de las contrataciones de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.".

Por caso, en las obras llevadas a cabo en el marco del Préstamo realizado por el Banco Mundial en el programa de saneamiento del Matanza – Riachuelo, se llevó a cabo una Licitación Pública Internacional, cuyos términos fueron oportunamente publicados en forma amplia en Argentina, EEUU, y en los países de Europa, además del sitio específico del Banco Mundial, con lectura en todos los países que lo integran, dando paso a la intervención de tres propuestas (preseleccionadas dos de ellas) y dos ofertas reales (ambas preseleccionadas).

Los valores superiores a los establecidos en los presupuestos oficiales fueron en todos los casos considerados razonables y aceptables para el Banco Mundial (ver anexos agregados como documentos).

Está claro que no es atribución, ni competencia, ni función, del Presidente de la sociedad comercial "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." arrogarse competencias ajenas propias de las áreas técnicas competentes, a quienes les ha

correspondido, en cada caso, efectuar los análisis técnicos, contables, económicos, financieros, correspondientes.

Y cuando la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obras condujo a la empresa, a través de su representante institucional, o sea el Presidente de su Directorio, vale decir nuestro defendido, a requerir mayores financiaciones obviamente lo hizo sobre la base de los informes técnicos que establecieron la conveniencia de la financiación BNDES.

Lo propio debe predicarse en orden a otros aspectos de las obras, tales como su avance de ejecución, dado que obviamente la inspección de aquellas, como asimismo la evaluación de las contingencias suscitadas y el modo de su superación, no conforman materia respecto de la cual el Presidente de una sociedad comercial se encuentre siquiera facultado para sustituir la opinión fundada de las áreas competentes.

VI. LA ACTUACIÓN DE "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." EN LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS MATERIA DE INVESTIGACIÓN EN LAS PRESENTES ACTUACIONES,

Aún cuando "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no integra la Administración Pública, ni se encuentra regida por las normas que gobiernan las contrataciones en dicho sector, si tiene procedimientos y normas que establecen el

modo en que se llevan a cabo los procedimientos licitatorios (que, claro está, no son exclusivos de la Administración Pública, sino que son también empleados por el sector privado), que son puestos en ejecución por distintos equipos técnicos de trabajo integrados por miembros de la empresa distintos.

Así, todo procedimiento de selección del contratista de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." para la realización de una obra o para la prestación de un servicio, se inicia con el diseño de lo que se denomina presupuesto oficial, donde se estima, de modo obviamente conjetural y provisorio, el valor que en principio debería tener aquella prestación.

Luego intervienen un conjunto de profesionales (más de 7 u 8), distintos de los que realizaron el presupuesto oficial, para determinar la conveniencia o no de las ofertas, una vez presentadas las mismas.

Más tarde interviene otro equipo especializado para analizar los detalles y la conveniencia o no de financiamiento para aquellos que, habiendo obtenido la licitación, lo hubieran ofrecido.

Cabe reiterar que el financiamiento no era condición para cotizar y cualquier empresa que hubiera ganado la licitación, accedería al contrato aunque no hubiera ofrecido financiamiento.

Este equipo técnico – además - debía trasladar a los precios del ganador los costos del financiamiento, por lo tanto

recibieron el impacto del mismo con condiciones analizadas por varios entendidos en esta temática.

Luego interviene un cuarto equipo para hacer la síntesis de las negociaciones realizadas y remitir la propuesta al Directorio (órgano colegiado que administra la sociedad) que trata la adjudicación de la obra, previa intervención de la Comisión Fiscalizadora que estudia cada caso antes de la decisión final. Todos deberían también acatar las reglas informales.

Una vez aprobada la contratación por el Directorio, se abre paso a la instrumentación de la adjudicación correspondiente, con la actuación de otro grupo profesional, a través de la redacción los documentos formales, es decir el contrato que debe ser suscripto por el Presidente, o por otros integrantes de la Empresa (por ejemplo una redeterminación de precios por el Director de Obras o el de Contratos, si fuera una contratación de bienes o servicios por la Dirección de Compras y así múltiples ejemplos).

Luego se da intervención a un grupo totalmente diferente a los anteriores que realiza la inspección de la obra.

En los casos de Paraná de las Palmas y Berazategui (como otros en AySA) la inspección se realizó a través de un equipo conformado por una empresa que se seleccionó por concurso y personal propio.

Las empresas y el personal propio fueron diferentes en las obras investigadas.

Cada addenda y cada redeterminación de precios también fueron aprobadas por el Directorio siguiendo el procedimiento ya explicado para las contrataciones.

La normalidad de estos procedimientos, además de la totalidad de estamentos y organismos de la Empresa, fueron confirmados por la AGN y por la profesional de la SIGEN, determinada por el Tribunal y contrastan con los dichos del Fiscal.

En ambos casos se ratificaron sus conclusiones mediante los pertinentes testimonios tanto de la Cdra. Silvana Gantile (SIGEN) y del Cdr. Horacio Pignataro (AGN).

Todos estos procedimientos están establecidos, prescriptos y ratificados por centenares de contrataciones llevados a cabo bajo control permanente (Auditoría Interna, SIGEN, AGN, Comisión Fiscalizadora, Auditores Externos, APLA, Comité de Auditoria, etc.) y no como señaló el Fiscal "sin control".

De igual modo resulta a todas luces desacertado el análisis que formula el Sr. Fiscal en orden a los supuestos "sobreprecios" afrontados por "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", en la medida en que el Ministerio Público Fiscal soslaya el análisis de los efectos que ha traído aparejado en el costo de las obras tanto el proceso inflacionario sufrido por el país y a las contingencias que naturalmente se producen en obras de semejante envergadura.

Que Odebrecht haya cometido delitos en Argentina o en otros países del mundo, y por ello haya ofrecido colaboración a

las autoridades locales, no incrimina este caso "per se" a nadie. Mucho menos a Carlos Ben.

Meirelles y Youssef testimonieron que no se realizaron aportes para estas obras – el primero – y no para Carlos Ben y otros – el segundo.

AySA no tuvo ningún trato diferencial con Odebrecht en ninguna etapa del contrato.

De ello aplicó severas sanciones económicas incluso mucho antes de que se conociera siquiera el caso "Lava Jato".

Con independencia de lo objetable que puede ser la conducta confesa de Odebrecht, ello no implica que todas las obras de dicha empresa hayan sido llevadas a cabo en el marco delictivo.

Al momento en que ODEBRECHT fue contratada en el marco de una UTE, aquella empresa ostentaba un reconocimiento internacional.

Entonces SUPONER en aquel momento la realidad actual no era factible, ni imaginable ni previsible,

No es justo condenar a AySA o sus integrantes, mucho de los cuales han intervenido para este contrato, porque Odebrecht tuvo después conductas reñidas con la ley.

Mal puede entonces atribuirse a los entonces directivos de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." la realización de delitos en el cumplimiento de sus tareas al frente de

una sociedad anónima, cuando esa misma entidad ("AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.") recibió el Premio Iberoamericano de Gestión por el año 2015, aunque su evaluación y entrega se produjo en el año 2016.

Durante el periodo investigado no se recibieron denuncias ni observaciones que fueran descalificantes o insinuaran sobre irregularidades de fondo.

Todo lo cual aparece corroborado incluso por el accionar de las actuales autoridades de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", dado que en el caso de Paraná de las Palmas, la nueva gestión de la empresa explicó ante la AGN las razones que justificaron la aprobación y suscripción de la Adenda n° 12.

En el caso de la Planta Juan Manuel de Rosas, su construcción fue precedida de una licitación pública en la que se presentaron dos oferentes en UTE: Camargo Correa y Esuco S.A. por una parte y por la otra Constructora Norberto Odebrecht Suc. Argentina, Benito Roggio e Hijos S.A., José Cartellone Construcciones Civiles S.A., Supercemento S.A.

Ninguna norma de AySA restringe la validez de su resultado a un número mínimo de oferentes.

Tampoco lo requiere, a todo evento, ninguna norma administrativa aplicable a la jurisdicción estatal.

Repárese, y no es casual, que las ofertas provienen de conglomerados empresarios que sólo pudieron ofertar a partir de la unión de sus estructuras empresarias, lo que se explica

por el hecho de que se trata de obras de enorme envergadura, cuya ejecución no se encuentra al alcance de una empresa común, ni siquiera de una simple unión de varias empresas.

Tampoco debe olvidarse que las obras en cuestión no solo fueron de envergadura, sino que se realizaron en un país que, a la fecha en que se llevó a cabo la Licitación, se hallaba virtualmente al margen del mercado financiero internacional, inmerso en una situación de jurídica global muy conflictiva, que seguramente conspiró contra la participación de otros oferentes que, probablemente, no se interesaron en llevar a cabo una obra en la República Argentina, donde incluso regía un sistema cambiario muy particular que posiblemente fue evaluado por otros interesados que, finalmente, no consideraron procedente participar en una obra como la referida.

Algo similar ocurrió en relación al proceso licitatorio correspondiente a la obra de Colector Margen Izquierdo y Emisario Capital al Río de La Plata.

Como se aprecia en la documentación anexa, pero ya existente en autos, de dos ofertas, con niveles porcentuales superiores a los presupuestos oficiales que este caso se trata de empresas internacionales, que fueron adjudicatarias cada una de uno de los dos contratos que ofertaron, todo lo cual fue monitoreado y aprobado por el Banco Mundial.

Sobre este en particular resulta curioso que ni el Fiscal, ni la SIGEN, ni el APLA, ni el Ingº Guitelman hayan querido

acceder al sistema registrado de precios de AySA para verificar los procedimientos seguidos (se repite para todas las obras) ni al SAMBA que registró la totalidad de contingencias de la obra en Tigre / Escobar.

En cuanto a sobreprecios no es cierto que la obra los tuviera ni sobrecosto alguno. La oferta de Planta Potabilizadora Juan Manuel de Rosas es un 19% sobre el valor del presupuesto y las razones que justifican la diferencia con el presupuesto oficial se encuentran indicadas en la Nota de fecha 31/01/2017 elevada a la representación de la SIGEN que designó el Juzgado, lo que también ha sido sostenido por el Sr. Fiscal.

Luego del contrato original se aprobaron y firmaron 12 addendas contractuales en las que figuran las razones, justificaciones y documentaciones que en cada caso corresponden, de lo que se desprende que no fueron excusas para inflar el precio pactado, a saber:

Planta Potabilizadora "Juan Manuel de Rosas";

Addenda 1 del 19/3/2009 que aclara el nombre del exportador.

Addenda 2 del 22/10/2009 que autoriza certificación del 20% de bienes financiados por BNDES y cuyo mayor costo que debe afrontar AySA de U\$D 2.382.064 es asumido por la UTE

Addenda 3 del 30/10/2009 que modifica la composición de bienes y servicios financiados por BNDES y la

fórmula polinómica de redeterminación de precios de bienes financiados por BNDES, ello con la específica aclaración que las modificaciones referidas en caso alguno pueden representar un mayor costo pasado y futuro en concepto de redeterminaciones de precio para AySA que las que correspondería por aplicación de las disposiciones originales del contrato de fecha 10/11/2008, desde tal fecha y hasta la finalización de las obras.

Addenda 4 del 1/3/2010 que indica quien emitirá las facturas y letras de cambio por los servicios financiados por BNDES.

Addenda 5 del 3/6/2010 por la que se ratifica el procedimiento para instrumentar la aplicación de las disposiciones de la addenda del 30/10/2009.

Addenda 6 del 29/7/2011 que aprueba actualización del plan de trabajo, justifica atrasos, indica que los atrasos incurridos en la tramitación y percepción de las letras de cambio correspondientes al financiamiento BNDES escapan a la responsabilidad de AySA y de la contratista, aprueba procedimiento para la tramitación de facturas y letras de cambio y manifiesta que las partes a la fecha nada tienen que reclamarse por concepto alguno con motivo de las modificaciones del plan de trabajo, los trabajos cuyos atrasos no fueran justificados en el periodo correspondiente a la redeterminación, los atrasos producidos en las tramitaciones de facturas y letras de cambio de los bienes y servicios financiados por BNDES desde las fechas de presentación de las

certificaciones y hasta las fechas de percepción de los correspondientes importes a través del BNDES, al igual que por atrasos ocurridos en pagos de AySA financiados a través de Nación Fideicomisos.

Addenda 7 del 1/2/2013 que modifica la composición de los bienes y servicios financiados por el BNDES

Addenda 8 del 5/4/2013 que ratifica la actualización del plan de trabajo aprobado por la Dirección de Planificación con fecha 28/12/2012, con las actualizaciones producidas a posteriori, aprueba el nuevo parquidímetro para la ejecución de la denominada obra húmeda y se manifiesta que a la fecha, nada tienen que reclamarse por concepto alguno con motivo de: a) las modificaciones y aprobaciones de los Programas Base y Estimaciones del Flujo de Caja, así como en la modificación al parquidímetro de la obra húmeda del Renglón 6 contractual, que se mencionan en la referida addenda; b) los atrasos que se hubieren producido en las tramitaciones de facturas y letras de cambio de los bienes y servicios financiados por el BNDES, desde las fechas de presentación de las certificaciones y hasta las fechas de percepción de los correspondientes importes a través del BNDES, al igual que por atrasos que hubieren ocurrido en los pagos AySA, financiados a través de Nación Fideicomisos.

Addenda 9 del 6/11/2013 que actualiza el plan de trabajo e indica que los costos económicos resultantes de los imprevistos por problemas en el proceso constructivo que justifican la

actualización serán de exclusiva responsabilidad de la contratista, que aprueba los trabajos que conforman el Acueducto Planta Juan Manuel de Rosas – Escobar como Ampliación de la Obra denominada "Sistema de Potabilización Area Norte" por el monto de \$ 696.585.286,97 "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." IVA y se manifiesta que las partes nada tienen que reclamarse por concepto alguno con motivo de: a) las modificaciones y aprobaciones de los Programas Base y Estimaciones del Flujo de Caja, b) los atrasos que se hubieren producidos en las tramitaciones de facturas y letras de cambio de los bienes y servicios financiados por el BNDES, desde las fechas de presentación de las certificaciones y hasta las fechas de percepción de los correspondientes importes a través del BNDES, al igual que por atrasos que hubiere incurrido en los pagos de AySA financiados a través de Nación Fideicomisos.

Addenda 10 del 17/7/2014 que aprueba la actualización del plan de trabajo para los renglones 1 a 9 del contrato, exclusivamente respecto a los trabajos correspondientes a la denominada segunda etapa, dejándose constancia que los costos económicos resultantes de los imprevistos por problemas en el proceso constructivo que justifican la actualización serán de exclusiva responsabilidad de la contratista.

Expresamente se dice que AYSA deja constancia que la suscripción de la presente Addenda no modifica la aplicación de la multa diaria dispuesta por OS 6342/2014, como consecuencia del incumplimiento en la ejecución de los trabajos del Renglón 4 del

Contrato (Acueducto Tigre-Tigre Centro), obras que integran la Primera Etapa del Proyecto, y que debieron estar finalizadas el 13/03/2014, la que, consecuentemente, continuará devengándose hasta tanto se encuentren totalmente ejecutados los trabajos correspondientes.

Por último que a la fecha de la addenda, nada más tienen que reclamarse por concepto alguno en relación al contrato y addendas citadas en el artículo anterior, con motivo de: a) las modificaciones y/o actualizaciones y/o aprobaciones de los Programas Base y Estimaciones del Flujo de Caja, b) los atrasos que se hubieren producidos en las tramitaciones de facturas y letras de cambio de los bienes y servicios financiados por el BNDES, desde las fechas de presentación de las certificaciones y hasta las fechas de percepción de los correspondientes importes a través del BNDES, al igual que por atrasos que hubieren ocurrido en pagos de AySA financiados a través de Nación Fideicomisos.

Addenda 11 del 13/8/2015 que aprueba los trabajos de pavimentación y repavimentación de los accesos a la Planta Potabilizadora Juan Manuel de Rosas y a la Toma Paraná de las Palmas como Ampliación de Obra denominada "Sistema de Potabilización Área Norte" por la suma de \$ 173.528.232,24 "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." IVA

Addenda 12 del 18/10/2016 que aprueba la actualización del plan de trabajo para los Renglones 1 a 9 y para el renglón 10, dejándose constancia que la contratista manifiesta que

deja sin efecto cualquier reclamo, solicitud, condicionamiento y/o eliminación de multas, con exclusión de los reclamos pendientes o por cuestiones no contempladas en esta addenda.

Por último las partes manifiestan que a la fecha nada tienen que reclamarse con motivo de los atrasos producidos en las tramitaciones de facturas y letras de cambio de los bienes y servicios financiados por el BNDES, desde las fechas de percepción de los correspondientes importes a través del BNDES.

Las fechas de recepción de las obras constan en cada una de las Actas de Recepción Provisoria y Recepción Definitiva que siempre se encontraron tanto en la Dirección de Planificación como en la Inspección de Obra y de ellas resulta que la Planta Potabilizadora "Juan Manuel de Rosas", se encuentra en un 100% de funcionamiento..

La planta se encuentra recibida en forma provisoria y en cumplimiento de los plazos de condiciones previstos para las recepciones definitivas conforme los términos licitatorios

La certificación del Renglón 10 se hizo de acuerdo a la addenda que la aprueba el 6/11/2013 y su monto fue de \$ 696.565.286,97. Recién pudo darse orden de inicio el 21/4/2014 por cuanto dicho documento debía previamente contar con la recepción y conformidad del BNDES como consta en el mismo. La primer certificación es del 20/7/2015

A la fecha el monto acumulado contractual del mismo es de \$416.578.752,42 El monto por excedidas y adicionales

es de \$13.175.923,31 de acuerdo con el porcentaje establecido en los reglamentos.

Hay un monto acumulado por redeterminaciones de \$ 307.054.111,43 pero ello no hace al monto contractual.

Las razones para el cambio de la fórmula de redeterminación se encuentra documentado en la addenda contractual 9 que lo aprueba. Asimismo y en salvaguarda de no pagar más de lo previsto en el contrato original por tal concepto, se indica en el art. 2º de la addenda del 30/10/2009 que AySA no pagaría más en concepto de redeterminaciones que lo que por el contrato original correspondiera.

La obra varió en su ritmo de ejecución (no se detuvo) algunos meses por cuanto el Municipio de Escobar prohibió sin dar razón el tránsito de camiones por la Ruta 26, pese a seguir permitiéndoselo a los camiones areneros particulares que por allí circulaban. Ello originó la búsqueda de otra alternativa para llegar al lugar de ejecución de la obra, alternativa que fuera utilizada hasta que el municipio citado volvió a dar autorización al tránsito por la ruta citada.

En la obra y por incumplimiento en término de parte de la obra (Hito contractual) se le aplicó a la Contratista una multa diaria de \$ 90.802 a partir del 14/3/2014 y hasta tanto se encontrara totalmente ejecutados los trabajos correspondientes al Renglón 4 del contrato (Acueducto Tigre – Tigre Centro).

Dicho hito se consideró cumplido el 8/5/2015, fecha hasta la cual corrió la aplicación diaria de la multa, habiendo alcanzado un monto total de \$32.143.908

La multa no fue perdonada en negociación alguna. Es más, a la fecha de la misma AySA percibió \$ 17.000.000, quedando pendiente de pago por la Contratista \$ 15.143.908 que se aplicaron.

Cabe reiterar que en cada una de las once addendas mencionadas se encuentran debidamente justificados los motivos que llevan a sus resoluciones, conforme documentación e informes de las áreas pertinentes.

Ninguna de ellas trajo aparejado modificaciones no justificadas en los presupuestos de obra, gastos imprevistos e improductivos y redeterminaciones de precios que pudieran corresponder a modificaciones de planes de obra no aprobados.

Cabe aquí reiterar que en cada addenda que hubiera posibilitado reclamos como los indicados, se tomó la precaución de incluir una cláusula que expresamente contemplaba la imposibilidad de realizar tales reclamos.

Ejemplo de ello es que con motivo de la firma de la última addenda 12, al no haberse incluido tal cláusula, la Contratista con fecha 8/5/2017 presentó en AySA un reclamo de \$ 888.899.636,40 por atraso en los pagos posteriores a la última addenda con aquella cláusula (la 10 ya que la 11 trata otro tema), que incluye no solo intereses sino también pérdida de costos fiscales,

mayores costos financieros, mayores costos por permanencia en la obra, mayores costos por improductividad de equipos, mayores costos por recursos indirectos, mayores costos relacionados con redeterminaciones, costo financiero por demora en aprobación de redeterminaciones definitivas, etc.

Nunca antes la Contratista presentó reclamo de tal tipo y envergadura. AySA estaba debidamente cubierta de ello.

El plazo de obra no se extendió lo largamente justificable. Todo lo contrario, el plazo de obra se extendió en tiempos debidamente justificados y ello se puede comprobar con cada una de las addendas contractuales que aprobaran modificaciones en los planes de obra.

La obra no sufrió ningún aumento de costos. A la fecha y para los distintos renglones contractuales (R1 a 9 – R10 – R11) los montos contractuales percibidos son aún menores a los montos contractuales originales. Los pagos por redeterminaciones en caso alguno no difieren de aquellos que la misma Administración Pública ha autorizado para sus reparticiones a través del Decreto N° 691 de fecha 17/5/2016 que remplaza al 1295/2002, como el reconocimiento del aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de sustanciación de los procedimientos de redeterminación de precios de los contratos.

VII. CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS SOBRE EL INFORME DEL INGENIERO GUILTELMAN.

Esta Defensa ha tenido ocasión de formular los reproches y críticas que merece el "informe" del Ing. Guitelman.

Decimos informe, dado que en modo alguno se trata de una "auditoría" en tanto aquél no sigue los principios que aseguran su legitimidad ya que no se corrió vista de descargo a la auditada.

Pese a ello el Sr. Fiscal se apoya en las consideraciones de dicho informe, haciendo caso omiso a los testimonios solicitados por él mismo, a la enorme cantidad documentada de datos que se aportaron desligándose de la necesaria corroboración de los hechos, evitando investigar la verdad material, desoyendo sus obligaciones considerando los intereses expuestos en la causa.

Cada vez que el Ing. Guitelman afirma que no accedió a documentación clave, o falta a la verdad, o no la solicitó, o teniéndola no la consideró.

En este punto surgen interrogantes entre los cuales caben formularse algunos.

- ¿Por qué no utilizó los mecanismos puestos a su disposición por las máximas autoridades de APLA y AySA?
- ¿Para qué presentar un trabajo tan importante en forma incompleta?

- ¿Qué premura les asistía a las autoridades de APLA y AySA para admitir un trabajo en tales condiciones?
- ¿Qué opinión tienen los ingenieros Bererciartúa, Manceñido e Inglesse sobre este documento?
- ¿Por qué la Fiscalía desoyó las pruebas documentales que prevenían sobre este trabajo del Ingº Guitelman sin intentar corroborarlas?
- ¿Qué razones urgentes apremiaban a las autoridades qué cuentan con abundante información recogida durante años por decenas de ingenieros con mayor, o igual conocimiento que el Ingº Guitelman para propiciar este trabajo de consultoría?
- ¿Qué les falta a los 1.400 expedientes que el Ingº Bererciartúa puso a disposición del juzgado que contenga el documento del Ingº Guitelman?
- ¿Por qué APLA no los usó o revisó a través del mecanismo que inicialmente iba a utilizar, contratando consultores independientes?
- ¿Por qué recurrir a una asociación profesional donde el Ingº Bererciartúa tenía un rol directivo, presidiendo - al mismo tiempo - el organismo contratante?
- ¿Por qué aceptar una auditoría que ni siquiera cumplía las exigencias que se le habían impuesto en el respectivo acuerdo?

Así con otros interrogantes y dudas que seguramente surgirán con un análisis imparcial del tema.

Ahora bien:

- a) Las obras eran de envergadura y trascendentales mucho antes de que las "detectara" el Ing* Guitelman.
- b) Su licitación contemporánea tiene que ver con las identificadas necesidades de agua segura en la Región Norte y el tratamiento de los efluentes cloacales del mayor sistema que tiene AySA. Además, esta última, comprometida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente estaban en el Plan de AySA debidamente aprobado.

No es cierto que para la Planta Potabilizadora Juan Manuel de Rosas la oferta básica no contara con un ofrecimiento de financiamiento. En la oferta consta el ofrecimiento de un financiamiento del BNDES por U\$D 115 millones.

A posteriori y en oportunidad de solicitarse una mejora de oferta, el proponente elevó el monto de financiamiento a U\$D 300 millones.

Así surge de la nota del oferente de fecha 24/7/2008 (fs. 28628/30 del legajo de licitación).

Pero se reitera que si no se ofrecía financiamiento igual se podía adjudicar la obra. El financiamiento no constituyó una exigencia para nadie que estuviera interesado y si hubiera ganado la

licitación se habría igualmente adjudicado cumpliendo las exigencias del pliego.

Afirmar que las ofertas que superan la presupuestación original contienen SOBRECOSTOS no solamente es tendencioso sino que prescinde de casos semejantes (más de lo que se puede esperar).

Ha sido el propio Ing. Guitelman quien afirmó bajo juramento no tener la información completa. Entonces, resulta llamativo que haya presentado igual el informe y más aún que se lo hayan recibido en APIA sin reservas ni comentarios.

Pero, reiteramos, en ningún caso dicho documento puede ser calificado como una auditoría.

Está plagado de inexactitudes, errores, tergiversaciones, frases tendenciosas con un propósito no esclarecido todavía, pero reiterado lo que resulta extraño.

Agrega documentos de la actual gestión pero omite otros verdaderamente esenciales.

Es decir no solamente constituye un documento que no debe ser tenido en cuenta sino que debería motivar otra clase de investigaciones.

Pero, a su vez, el informe contiene severos errores técnicos y especialmente en materia jurídica.

No es cierto que para la firma de contratos y addendas es necesaria la previa participación del APIA según ley 26.221.

Se cuestiona la legalidad en el actuar de AySA cuanto a la aplicación normativa en la tramitación del contrato y addendas. En primer término es de destacar que la citada ley es la que aprueba el Marco Regulatorio que dan vida y a la que deben atenerse AySA y APLA.

Llama la atención que un ingeniero presentado por una entidad eminentemente técnica como lo es el Centro Argentino de Ingenieros realice apreciaciones de índole eminentemente legal, cuando nunca aquellos organismos que controlan el accionar jurídico de AySA y del APLA, tanto la AGN como la SIGEN, hayan efectuado algún comentario, apreciación o impugnación al respecto.

El Ing. Guitelman entiende que el APLA debe tomar previa intervención a la firma por parte de AySA de los contratos y addendas citadas.

El APLA toma debida intervención previa a las contrataciones que realiza AySA, mediante las aprobaciones de los PMOEM donde se encuentran previstas las obras. Ninguna intervención corresponde en forma previa a la firma de contratos y addendas conforme los términos de la ley 26.221. APLA como órgano de control toma posterior conocimiento de las actuaciones y de las contrataciones que realiza AySA.

Que el Ingº Guitelman mantenga este yerro
después que la Gerencia de Legales de APLA se lo señalara
enfáticamente son parte de los elementos que se suman a aquellos
que generan justificadas dudas sobre la intención de hacerlo

apresuradamente, de que las autoridades de APLA no se hayan expedido sobre este particular después que las gerencias del organismo hayan intervenido como lo hicieron, también ofrece dudas.

No existen adjudicaciones directas en ninguna de las dos obras.

Sólo adicionales y adecuaciones presentadas en detalle en la profusa documentación obrante en AySA y APLA y ahora en el Juzgado.

No obstante, se reitera que, en ambos casos se destaca que no se trata de adjudicaciones directas, ni adicional, sino de una Ampliación de Obra y conforme las normas de AySA su cotización debe serlo a precios actuales al momento de la solicitud. Ello consta en el texto de las addendas, así como los estudios de la incidencia sobre el monto contractual original y análisis detallado de precios unitarios.

Como ya se expresara la construcción de los acueductos a Escobar no lo fue como adicional de obra, sino bajo el régimen de Ampliación de Obra, conforme las normas vigentes en AySA de conocimiento del Fiscal, y dentro del 30% permitido en obras como la que nos ocupa, tanto en el segmento privado, como público. Es más, dicha ampliación de obra significó un 14% del monto contractual al año 2008.

Cabe también indicar que las obras complementarias (R10 Acueductos Escobar y R11 Pavimentos) no podían ser previstos originalmente. R10 por cuanto Escobar no

pertenecía aún la concesión al momento de licitarse las obras y R11 porque ya existían los pavimentos.

Tan así que si figura en la licitación el único tramo que era camino de tierra de Ruta 25 a Toma en el Paraná de las Palmas sucede que los caminos se dañaron con el paso de camiones para la obra, aunque no fue el único tránsito pesado que había en ese entonces.

Ya se presentó el Convenio con Escobar del año 2011 para la prestación de los servicios de agua potable y desagüe cloacal en la jurisdicción de dicho municipio y Decreto 60/2014 del Concejo Deliberante de Tigre solicitando la urgente realización de obras de pavimentación en la Ruta 26.

El Instructivo de AySA para Certificación de Excedidas, Adicionales y Ampliaciones referido por AGN y el Estudio encomendado oportunamente al Consultor Gustavo R. Kippes sobre Análisis del Factor de Pasaje a Precios del Anexo IV a la Addenda del Renglón 10 Acueducto Escobar, son explicativos de la causa de este punto.

La aseveración de que "los ajustes de cronogramas son sinónimos de cambio de precio" es inexacta y verdaderamente un error injustificado.

Las demoras sufridas en la ejecución de las obras respondieron a motivos diversos y todos ellos se encuentran debidamente detallados en las addendas contractuales que fijaran nuevos plazos de ejecución.

Los ajustes en los cronogramas en caso alguno significaron cambios de precio o aumentos por redeterminaciones.

Interpretar una irregularidad delictiva en estas acciones carece de todo fundamento.

Respecto de la afirmación de que los sobrecostos fueron enormes, se llega a esa conclusión porque se hizo la comparación con una cotización de una empresa nacional no indicando ni la empresa ni las características físicas y de resistencia de los pilotes comparados. No existe en el mercado argentino pilotes huecos centrífugados que con las mismas características de diámetro y espesor presenten una resistencia unitaria como la necesaria en el caso que nos ocupa.

Indefectiblemente el haber considerado pilotes prefabricados en Argentina hubiese derivado en una cantidad mayor de pilotes a fin de soportar las cargas, invalidando la comparación presentada basada en la igualdad de cantidades.

Es obvio que el costo unitario de transporte de cada pilote es mayor pero debe considerarse qué cantidad de pilotes hubiesen sido necesarios en cada caso si se deseaba sacar alguna conclusión.

Como consta en el expediente licitatorio de la obra Planta Potabilizadora Juan Manuel de Rosas, la importación de pilotes de Brasil integraba los bienes que debían ser parte del financiamiento brasileño; financiamiento que se consideró a nivel de

las máximas autoridades gubernamentales como importante para la ejecución de la obra y que motivara su aceptación.

Se trataba de un financiamiento del Gobierno de Brasil para bienes y servicios provistos por dicho país. Para su implementación y conforme disponen las normas que debe ajustarse AySA para tal operatoria, se requirieron a la Autoridad de Aplicación las autorizaciones correspondientes, a saber:

- a) Modificación presupuestaria por la incorporación de los movimientos originados en la estructuración del préstamo BNDES.
- b) Solicitud de autorización para llevar adelante el proceso de financiamiento.
- c) Inclusión en el proyecto de modificación de la ley de Presupuesto Nacional 2008, de los avales correspondientes a la operación del financiamiento BNDES.

Los estudios correspondientes al financiamiento ofrecido indicaban su conveniencia a valor final, tal cual consta en las respectivas actuaciones obrantes en el expediente licitatorio.

En forma particular los informes de la Dirección Económico Financiera de AySA de fechas 26/08/2008 y 07/11/2008 que se han presentado al Juzgado.

También se anexaron copias de los documentos que para su instrumentación fueran emitidas, a saber: A) Nota N° 64864/08 al Subsecretario de Recursos Hídricos de la Nación con fecha 17/07/2008 solicitando autorización para el financiamiento; B)

Carta Compromiso entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión y Servicios, el Ministerio de Economía y Producción, la Administración Nacional de Seguridad Social, el Banco de la Nación Argentina, Nación Fideicomisos S.A. y AySA, de fecha 19/09/2008 para la instrumentación del financiamiento; C) Nota N° 64869/08 a la Presidencia del Banco de la Nación Argentina con fecha 17/06/2008 solicitando garantizar la operación a través del CCR-ALADI y estructurar un fideicomiso de administración; Nota N° 74424/08 al Subsecretario de Recursos Hídricos con fecha 14/10/2008 llevando a conocimiento el esquema global de financiamiento y solicitando habilitar las gestiones para la emisión de avales del Tesoro Nacional; Nota Aval N° 4/2008 de los Secretarios de Finanzas y Hacienda de fecha 20/11/08 acordando los avales; Nota N° 67540/08 al Subsecretario de Recursos Hídricos de la Nación de fecha 18/07/2008 solicitando modificación presupuesto año 2008; Decreto N° 1472/2008 de fecha 15/09/2008 modificando el presupuesto.

Respecto los adicionales de obra y algunos componentes de los costos o de ítems en particular, como por ejemplo la Mano de Obra se puede señalar que en una obra de esta envergadura la existencia de ciertos adicionales de obra es algo normal y responden en general al avance técnico en la elaboración por el contratista de la ingeniería de detalle o en la propia ejecución material de la obra.

Por ello en cada caso en que se produjeran esas circunstancias, se realizaba el estudio correspondiente, así como la

información de las áreas pertinentes de la Inspección de Obra y de la Dirección de Planificación. Todo ello consta en cualquiera de las actuaciones en que fuera reconocido un adicional de obra.

Dada las características especiales de obras como la ejecución de 15 km de tunelería con dovelas y la torre toma, se requería la presencia de mano de obra compuesta por especialistas de origen internacional, durante todo el periodo de construcción de estos componentes, esto incide en el costo de mano de obra. En el resto de las obras, menos complejas no se aprecia una diferencia sustancial con los valores de mercado de ese momento.

En cuanto a los gastos indirectos y generales se trata de una opinión personal y subjetiva. Los valores utilizados son usuales para este tipo de obras en el mercado, donde participó una UTE compuesta por empresas nacionales e internacionales con una fuerte estructura.

En cuanto a la mención al llamado ejemplo en elevados valores en rendimientos de materiales y sus costos (Renglón 7) en el tema de la fabricación de dovelas, Con respecto a la apreciación del adicional por dovelas, cabe indicar que son varios los errores de apreciación que se deslizan del comentario: No hubo un adicional de 62060 dovelas más, el número total de dovelas fue 62060 para los 14480 m originales del proyecto.

Sí hubo aumento de longitud al realizarse el replanteo final del trazado del túnel alcanzando una longitud de 14800 m.

El valor adicional de 607,56 pesos por cada una de las 62060 dovela se explica en función de la variación de las dimensiones de las dovelas.

El Contratista cotizó originalmente un valor de \$139.710.092 a razón de 1643\$/dovela para la construcción de 85000 dovelas del proyecto licitatorio que incluía anillos de 7 dovelas de 1,20m de ancho.

Luego en el desarrollo de la ingeniería de detalle, el Contratista propone el uso de anillos de 6 dovelas de 1,40m de ancho lo que redujo el número original de 85.000 dovelas a 62060 a expensas de un aumento de tamaño de las mismas y del número de los elementos de fijación.

Entendiendo que:

- El cambio constitúa una alternativa al proyecto licitatorio que reducía la cantidad de transporte dentro del túnel.

- El precio de \$ 139.710.092 era el precio total cotizado para la fabricación de la totalidad de las dovelas necesarias para construir 14480m de túnel.

Se adoptó como precio de cada una de las 62060 dovelas el monto de dividir los \$ 139.710.092 totales cotizados por el nuevo número de dovelas necesarias resultando un monto unitario por dovela de \$2251, o sea \$607 más por cada dovela, valor que se liquidó en la partida adicional citada. No hubo monto adicional al monto total cotizado para la fabricación de dovelas solo una

redistribución del total cotizado en función del cambio de cantidad de dovelas.

Otro error del Ingº Guiteiman que debería el Fiscal tomar en cuenta antes de considerar el documento realizado como válido.

A 8 años de la contratación de la obra en la actualidad la Planta funciona abasteciendo a la red a los acueductos de San Fernando Tigre, es decir con caudal de 250.000 m³/d, un 27% del total de la Planta. Como se dijo anteriormente, esta obra fue emblemática, no siendo realizada una obra de estas características en los últimos 50 años.

Fue pensada y planificada con una visión de futuro. En el corto plazo será habilitada la primer etapa del acueducto a Escobar y luego la alimentación total al partido de Escobar y Pilar. Al día de hoy con la incorporación de los nuevos partidos José C Paz, Malvinas Argentinas, San Miguel, Merlo y Moreno se está planificando ampliar en el corto plazo (5 años) la planta a 1.500.000 m³/d que es máxima capacidad. Con respecto a la obra de toma, es una obra que por su magnitud y envergadura, es una obra que debe ejecutarse para la totalidad de producción de la planta.

A mayor abundamiento se recuerda que la obra fue diseñada y contratada en 2 etapas de construcción. La primera de ellas fue recepcionada parcialmente en forma provisoria en los meses de agosto 2014, setiembre 2014, febrero 2015 y agosto 2015, conforme consta en las Actas de Recepción Definitiva de fechas

10/12/2015, 20/04/2016, 03/10/2016, 27/03/2017 y 11/05/2017, estas últimas otorgadas con motivo de haberse cumplido los plazos de garantía previstos contractualmente.

Por último se destaca que habiéndose cumplido con los plazos de ensayos, verificaciones, pruebas, puesta en marcha y periodo de observación, se procedió a las Recepciones Provisorias de la 2^a. Etapa contractual, conforme consta en las Actas de fecha 05/09/2016, 23/12/2016, 27/03/2017, 18/04/2017, 19/04/2017

En lo que hace a la opinión de una construcción por etapas, Esta opinión no tiene en cuenta que al planificar la obra Planta Potabilizadora de agua potable, denominada "Sistema de Potabilización Área Norte" se trata de un sistema de abastecimiento y transporte para facilitar una amplia provisión de agua potable a la población carente de la misma o con servicio de mala calidad y, dada su gran envergadura, se consideró conveniente concentrar en un solo proceso licitatorio la ejecución del total de la obra.

No existen falencias en la documentación de la obra. Todo lo que fuera solicitado por el Ing^o Guitelman, por si o a través del APLA, le fue entregado. Como ejemplo: dice el Fiscal que los especialistas no tuvieron detalle de las redeterminaciones de precios de la obra y que sólo hay Actas. Cada una de las redeterminaciones de la obra originaron un legajo específico oportunamente analizado e informado por la Inspección de Obra, luego por la Dirección de Planificación, a posteriori por la Auditoría

Interna, luego cuenta con un informe legal y posteriormente con su aprobación por el Directorio de AySA.

En un contexto individual, AGN realiza una observación de carácter administrativo y da recomendaciones en procura de solucionarlas.

NO DENUNCIÓ DELITOS EN ESTE CASO (como sucedió con otros). Tampoco analiza el contexto global porque su misión es auditar un caso y no una política empresaria aunque la incluye en sus análisis previos o comentarios.

Conciliar estos hechos con delitos como lo hace el Fiscal no se sostiene ni fáctica ni jurídicamente.

Este juzgado no es el ámbito para hacerlo porque no hay asociación ilícita, ni defraudación ni ningún otro delito imputable a Carlos Ben por estas inversiones.

Carlos Ben no está en el "Lava Jato" y el hecho de que alguna empresa confiese delitos (en el caso Odebrecht) no los traslada por la sola suposición de la Fiscalía.

Pretender justificar los mismos en las contingencias de una obra expresa a las claras que la Fiscalía persiste en el camino equivocado.-

No hay sobreprecios (testimoniado por el autor del proyecto) **NO HAY IRREGULARIDAD EN EL PROCEDIMIENTO** (testimoniado por los representantes de SIGEN y AGN en la causa).

NO HAY COIMAS POR ESTAS OBRAS (testimoniado por A. Meirelles). **NO HAY OPERACIÓN**

ESTRUCTURADA QUE INVOLUCRE A CARLOS BEN
(testimoniado por A. Youssef).

Solo HAY UNA BÚSQUEDA INJUSTIFICADA AHORA DE PARTE DE LA FISCALÍA QUE ELABORA SUPOSICIONES SIN NINGUNA PRUEBA (por el contrario, estas van en dirección de desmentir sus supuestos).

En su afán de establecer el nexo que no existe lo ha llevado al Fiscal a elaborar una teoría que no solo contradice los hechos sino que hasta lo impulsa a negar el Derecho mismo y prescindir de hecho de las probanzas que él mismo recogió. Esta circunstancia debería motivar un verdadero cambio de dirección.

VIII. ALCANCES DE LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS OPORTUNAMENTE POR LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN (AGN).

La Fiscalía profundiza y tergiversa el alcance del comentario de AGN relativo a la ausencia de planificación técnica y financiera sin percibir que la observación estaba dirigida a la cuestión presupuestaria y su programación, razón por la cual no realiza denuncia alguna sobre tales situaciones y establece una serie de recomendaciones, entre las cuales se destacan:

- Implementar las medidas pertinentes a fin de evitar atrasos en la ejecución de la obra, con relación al plazo previsto contractualmente (Observación 4.1).

- Formalizar los controles efectuados a los avances de obra reflejados en los certificados (Observación 4.2).
- Ejercer de forma integral la potestad de control sobre bienes y servicios financiados por BNDES (Observación 4.3).
- Integrar la documentación respaldatoria que debe obrar en los expedientes de certificación de pago de la obra (Observación 4.4).
- Arbitrar los mecanismos de control previstos normativamente para los procedimientos de redeterminación de precios de los certificados de obra (Observación 4.5).

En la otra oportunidad que se expidió sobre cada punto (Resol. 165/16) expresamente recomendó lo siguiente:

"Adoptar las medidas necesarias tendientes a que las obras se ejecuten en los tiempos previstos contractualmente, de modo que los potenciales beneficiarios vean satisfechas sus necesidades y/o expectativas de acceso a los servicios prestados por la empresa..."

Si bien la planificación de una obra no es rígida, sería conveniente informar y/o reglamentar un método para la elaboración de planes de trabajo que permita detectar los desfases tan pronto como estos comiencen a manifestarse, a fin de permitir una re-programación de las tareas previstas de manera oportuna y así disminuir el impacto de los retrasos en las obras (observación 4.1 y 4.2)".

Así también acerca de los otros aspectos sobre los que había realizado las Recomendaciones descriptas para rendir las cuentas de Fuente 11 dando certidumbre sobre a qué obra se aplica (Observación 4.3).

Como puede verificarse se trata de cuestiones vinculadas a los procedimientos de cómo se hacen las cosas y los "defectos" que verifica AGN en esa labor, y no para magnificar estos comentarios, observaciones y recomendaciones en el sentido de que reportan a la comisión de delitos.

De igual manera en relación al resto de las cuestiones que no representan otra cosa que la descripción de situaciones producidas en: el devenir diario de la administración de las obras.

Si bien la Auditoría General de la Nación mantuvo sus observaciones y recomendaciones cabe destacar los siguientes aspectos.

A. PRECIO DE LA OBRA: Cuando AGN sostiene que las ampliaciones de plazo inciden en el valor final del financiamiento, obligando a reformular la programación de los presupuestos asignados, no refieren al valor intrínseco sino a la programación presupuestaria que, en general no tiene precisión absoluta, en especial porque las pautas inflacionarias previstas y las reales difieren de lo programado.

B. OBSERVACIONES: Las observaciones se refieren a cuestiones administrativas y las recomendaciones son las medidas que AGN entiende como necesarias para superarlas.

No se trata acá de ninguna corrupción ni diseñada, ni ejecutada, ni nada desde lo ya analizado vastamente.

IX. REITERAN PEDIDO PARA QUE SE DISPONGA LA REALIZACIÓN DE DILIGENCIAS DE PRUEBA COMPLEMENTARIAS A LAS YA REALIZADAS EN LA CAUSA.

Demás está decir, y quizá ello sea el único atenuante del accionar de la Fiscalía, que esta causa reúne en su seno cuestiones claramente complejas, que exceden el universo jurídico, que se vinculan en buena porción con materias técnicas, cuya dilucidación requiere actuación de peritos especializados en la forma indicada por esta parte oportunamente.

Insistimos entonces acerca de la necesidad de que, en esta etapa del proceso, y aún antes del eventual emplazamiento de aquellos que en su caso resultaren imputados, se cuente con suficientes informes periciales de parte de expertos imparciales debidamente inscriptos ante la Justicia Federal, a fin de corroborar, en lo que dependa de dicha prueba técnica, la materialidad de los hechos investigados y su verdadera calificación jurídica.

Así lo dejamos peticionado.

De igual modo solicitamos:

- Se requiera el expediente APLA 3838/16 completo.
- Se requiera la opinión que le merece la misma a los diferentes estamentos de AySA que se ven alcanzados por la consultoría del Ing^o Guitelman.
- Se requiera la opinión de las autoridades de APLA, Ings Bererciartúa y Manceñido.
- Se requiera al Centro Argentino de Ingenieros (C.A.I.) si su Comisión Directiva ha suscripto el informe del Ing. Guitelman.
- Se requiera la opinión de los encargados de la ingeniería de los responsables de la ejecución de las obras.

La relevancia de la prueba se conecta íntimamente con las funciones que se asigna a los elementos de comprobación, en el procedimiento criminal.

La prueba constituye una de las formas sustanciales del debido proceso. Junto a la acusación, defensa y sentencia, ella forma el sustento definitorio de aquella garantía constitucional (Cfr. Balcarce, Fabián I., "La prueba en el proceso penal", Ed. Lerner, Córdoba, 1996, p. 26).

Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que "...la garantía de la defensa en juicio del acusado, consagrada por el art. 18, CN, (...)en materia criminal exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la

acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales" (Corte Sup., 28/8/1986, "Fernández"; 8/10/1987, "Martínez"; 29/12/1989, "Tariño"; 22/12/1994, "García"; 13/6/1995, "Cattonar",

5/10/1995, "Montero"; 25/9/1997, "Cáceres"; 17/2/2004, "Mostaccio"; 25/10/2005, "Name").

Y esa garantía rige desde el mismo momento en que un justiciable es alcanzado, como el caso de nuestro asistido, por una imputación penal.

Es que la prueba se erige en la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones que adoptan los órganos judiciales.

Según el sistema vigente, en las resoluciones que se dictan en el curso del proceso penal sólo se podrán admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas y legales, lo cual impide que aquéllas sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

Es en función de ello que reiteramos la petición orientada a obtener la realización de pruebas conducentes que permitan formar a V.S. postura fundada sobre los hechos ventilados en estas actuaciones.

X. CASO FEDERAL.

Para el hipotético supuesto que V.S. no haga lugar a lo aquí solicitado, hacemos reserva de recurrir en Casación y del caso federal (art. 14 de la Ley 48).

XI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicitamos de V.S.:

- 1) Que tenga presentes las manifestaciones ampliatorias formuladas
- 2) Que se disponga la producción de las diligencias probatorias sugeridas en el capítulo IX del presente.
- 4) Tenga presente la reserva de recurrir en casación y del caso federal.

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA.

JUAN DANIEL FRIMENT
ABOGADO
TÉL: 17 - FAX: 346 C.R.A.C.E.

ANDRÉS AGUSTÍN GRAMAUO
ABOGADO
TÉL: 181900 C.R.A.C.E.
FAX: 181900 C.R.A.C.E.