

## **INTERPONE RECURSO DE APELACION Y NULIDAD.**

Señor Juez Federal:

**CARLOS DANIEL FROMENT**, letrado defensor del Doctor **CARLOS HUMBERTO BEN**, manteniendo el domicilio legal y electrónico constituido en la **causa Número 1614/2016**, caratulada **“BEN CARLOS Y OTROS S/ ASOCIACIÓN ILÍCITA”**, ante V.S. me presento y respetuosamente digo:

### **I. OBJETO.**

Que vengo a deducir formal **RECURSO DE APELACIÓN** contra el decisorio de V.S. de fecha 24 de julio de 2020 a través del cual se dispuso ordenar la elevación de la presente causa a juicio en relación a mi defendido **CARLOS HUMBERTO BEN**, sin tratar ni resolver expresamente la excepción de falta de acción opuesta por esta Defensa, todo lo cual **ocasiona gravamen irreparable a esta parte (art. 449, CPPN)**.

Por las consideraciones que siguen solicito de V.S. que se sirva conceder el recurso así deducido por ante la Excma. Cámara de Apelaciones, a la que se elevarán estos obrados en la forma y oportunidad de estilo.

En la oportunidad procesal correspondiente habrán de ampliarse los agravios que se individualizan en los capítulos que siguen **(art. 454, CPPN)**.

## **II. APROXIMACIÓN INICIAL.**

La resolución dictada por V.S. que fuera notificada el pasado 24 del mes en curso exhibe una fundamentación sólo aparente para poner fin a la etapa de instrucción de esta causa respecto de mi asistido, sin siquiera rebatir mínimamente los argumentos planteados tanto en la oposición a la elevación a juicio como en el planteo de excepción de falta de acción articulado, circunstancias que descalifican al decisorio impugnado como acto jurisdiccional válido.

En efecto, en el decisorio del día 24 del mes en curso, **lisa y llanamente el Juzgado actuante ha soslayado tratar y resolver la excepción de falta de acción que esta parte dedujo al contestar el traslado de la pericia técnica, a través de un planteo que fue mantenido y ampliado al evacuar la vista conferida de los requerimientos de elevación de la presente causa a juicio.**

## **III. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN DEDUCIDO RESPECTO DE UNA PROVIDENCIA QUE OSTENTA LA NATURALEZA DE AUTO PROCESAL IMPORTANTE Y FRUSTRADA –SIN TRATARLA NI RESOLVERLA- UNA EXCEPCIÓN SUSTANCIAL, LO QUE OCASIONA GRAVAMEN IRREPARABLE A ESTA PARTE.-**

Tal como lo he anticipado en el capítulo I del presente, y como quedará explicitado en los capítulos que siguen, por medio de esta pieza procesal se impugna, **a través de un recurso de apelación que lleva ínsito el planteo de nulidad, un decisorio que ostenta un contenido de-**

**cisorio que excede ostensiblemente el de mero “auto de elevación a juicio”.**

En efecto, se trata de un resolutorio que, por sus efectos, pero especialmente por su arbitrariedad y falta de fundamentación, constituye un auto procesal importante que, además, al obturar el trámite de la excepción de falta de acción opuesta por esta Defensa, excede ostensiblemente la inapelabilidad contemplada en el **art. 352, CPPN, en tanto ocasiona agravio irreparable a mi defendido**, motivo por el cual el presente recurso debe ser concedido en la forma y con los alcances establecidos en el **art. 449, CPPN<sup>1</sup>**.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en aquellos sumarios donde la instrucción de los mismos se delega a favor del Ministerio Público, preservando entonces el magistrado de Primera Instancia su rol de tercero imparcial, donde sí exhibe soporte constitucional la inapelabilidad del auto de elevación a juicio, cuando, como en el caso, desde su inicio, la instrucción ha estado a cargo de V.S., con el rol inquisitivo que ha mantenido la ley ritual aplicable al caso, la excepción establecida en el **art. 352** cede a favor de la norma general que habilita la procedencia de los recursos de apelación contra autos que ocasionen gravamen irreparable al imputado.

Es que, como lo ha sostenido el mismo autor al que V.S. ha acudido para abastecer doctrinariamente sus consideraciones, los recursos no significan, exclusivamente, *“una garantía procesal a favor del*

---

<sup>1</sup> “Art. 449. El recurso de apelación procederá contra los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción y en lo correccional, los interlocutorios y las resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable”.

*imputado o del condenado sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma del enjuiciamiento y su solución sino, también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que esos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento”<sup>2</sup>.*

La *garantía al recurso* aparece en nuestro ordenamiento con rango constitucional recién con la reforma de 1994, en la conformación del bloque de constitucionalidad federal, que incorporó a la ley suprema los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN)<sup>3</sup>.

En definitiva, la resolución de grado que rechaza el sobreseimiento, soslaya el tratamiento de la excepción de falta de acción y, en definitiva, dispone la elevación de un causa a juicio, inequívocamente constituye un **auto procesal importante** que necesariamente debe ser revisado por instancias superiores **a fin de asegurar la garantía del doble conforme consagrada en los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22, Const. Nacional.**

De igual modo que la resolución dictada por el magistrado instructor al resolver una excepción de incompetencia, o bien un pedido de sobreseimiento es susceptible de ser apelado, de igual modo la re-

---

<sup>2</sup> MAIER, Julio B. J. “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?” en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Abregú-Courtis (comps.), Ed. del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 409; cfr. también LEDESMA, Ángela Ester “La reforma procesal penal”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005, Capítulo VII “¿Es posible garantizar el derecho al recurso mediante el recurso de casación?”, pág. 153 y ss.

<sup>3</sup> Artículo 8° inc. 2° ap. ‘h’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

solución judicial que un Juez de Primera Instancia dicta para ordenar la elevación de una causa a juicio oral, desestimando el sobreseimiento del imputado, debe ser revisable a través de la doble instancia que asegura, por otra parte, el doble conforme ineludible que debe funcionar en esta materia.

Ello por cuanto es el mismo la naturaleza y proyecciones de semejante decisorio surte gravamen irreparable a esta parte que habilita la aplicación al caso de lo normado en el **art. 449, CPPN**.

**Así lo ha reconocido recientemente la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal<sup>4</sup>, en decisorio de fecha 21 de febrero del año en curso, al declarar mal denegado un recurso de apelación contra el auto de elevación a juicio dictado 10456/2014 del registro del Juzgado número 11 del fuero:**

*“Recordemos que el artículo 449 del C.P.P.N. establece que, además de las resoluciones expresamente declaradas apelables, también lo son aquellas que generen un “gravamen irreparable”. En este marco debe destacarse que a través de la nulidad del requerimiento de elevación juicio planteada por la defensa, se cuestiona la posible violación a garantías constitucionales, tales como el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. Ello es así, ya que centralmente se fundamenta en que dicha pieza procesal incluyó una plataforma fáctica excluida por este Tribunal de Alzada en la oportunidad de revisión del auto de mérito.*

*“Entonces, a la luz de las particulares circunstancias invocadas por el impugnante y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre el fon-*

---

<sup>4</sup> CFP 10.456/2014/82/RH21 “Dromi, José Roberto y otro s/recurso de queja”.

*do de la cuestión objeto de esta incidencia, consideramos que la decisión atacada podría generar un agravio de imposible reparación ulterior, toda vez que dejaría al quejoso sin herramientas para impulsar la revisión de un decisorio que estima contrario a elementales normas procesales y constitucionales, por lo que corresponde hacer lugar a la queja introducida y declarar mal denegado el recurso de apelación.”*

**La potestad impugnativa que detentan las partes del proceso reposa normativamente sobre la garantía constitucional de la doble instancia, cuya finalidad es establecer un mecanismo de control jurisdiccional garantizador –a su vez– de un debido proceso, que posibilite a todo individuo una vía de impugnación respecto de aquella decisión que le irroque agravio (arts. 18 y 33 de la C.N., 8.2.h de la de la CIDH y 14 del PIDCyP).**

**En ese sentido cabe recordar el alcance objetivo que ha acordado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la garantía en análisis al establecer que: “*el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes*” (caso 11.137, Informe 55/97, caso Abella c. Argentina).**

Dicho principio de raigambre constitucional se vincula de modo directo con el "principio pro homine", según el cual el intérprete debe privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, o acudir a la norma más amplia, o a la in-

terpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

**Ello es así, especialmente, en tanto la resolución que desestima, sin sustanciar, una excepción de falta de acción es apelable, como también es apelable el decisorio que, como en el caso, de modo indirecto, termina por desestimar el pedido de sobreseimiento articulado por esta Defensa.**

#### **IV. NULIDAD DEL DECISORIO DE V.S.**

El recurso impetrado debe prosperar, en primer lugar, debido a que el decisorio de V.S. deviene palmariamente nulo en función de las consideraciones que seguidamente paso a reseñar.

**IV. 1. La resolución que habilita la prosecución de la acción penal respecto del Dr. BEN, a través de la elevación de la causa a juicio, se encuentra desprovista de fundamentos (art. 123, CPP).**

El decisorio de V.S. resulta a todas luces infundado y arbitrario, por cuanto en lugar de hacer mención fundada (**art. 123, CPP**) a los hechos y a los elementos acreditantes de los mismos que justificarían, a criterio de ese Pretorio, el cierre del sumario –siquiera parcial-, el rechazo del sobreseimiento pedido, la desestimación tácita pero inequívoca de la excepción de falta de acción, y la elevación de la causa a juicio, se limitó a remitirse al contenido de los requerimientos formulados por el Ministerio Público, por la Oficina Anticorrupción y por la Unidad de Información Financiera, sin analizar los reparos sostenidos por esta Defensa, contra tales postulaciones.

De ningún modo puede considerarse que un resolutorio que dispone tales medidas puede fincarse, exclusivamente, en que *se encuentran reunidos elementos suficientes para habilitar la elevación de la causa a juicio*, **puesto que el rol del magistrado no es decir que están reunidos los elementos, sino que, frente a la concreta oposición de la Defensa, indicar POR QUÉ motivos dichos reparos no logran conmovier los sólo aparentes fundamentos del requerimiento de elevación replicados por esta Defensa.**

El hecho de que la Excma. Cámara haya confirmado el procesamiento dispuesto por V.S., en modo alguno puede, como lo sostiene ese magistrado en el resolutorio apelado, abastecer la legalidad de la elevación de la causa a juicio, **puesto que se trata de dos decisiones distintas, no existiendo identidad alguna entre los agravios sostenidos al impugnarse el procesamiento decretado por V.S. y los reparos ofrecidos contra los requerimientos de elevación a juicio.**

Ello resulta especialmente así por cuanto V.S. no ha ponderado, en forma alguna, **los elementos explicitados en los descargos y en la defensa del imputado.**

Nuestro régimen procesal contempla la existencia, entre las dos etapas básicas de todo proceso penal (el sumario de instrucción y el plenario oral), de una etapa intermedia, propia del control de la imputación, cuya superación no depende exclusivamente del mérito que las partes acusadoras realicen sobre el agotamiento de la instrucción.

En efecto, el acto jurisdiccional que, a partir del cierre del sumario, dispone la elevación de una causa penal a juicio oral, exige

que, respecto de los hechos de juzgamiento, se adquiriera un grado de convicción suficiente acerca de su ilicitud penal que, aunque no implique la certeza propia de la sentencia definitiva, justifique nada menos que el sometimiento de los imputados a la etapa plenaria del proceso, con los perjuicios que dicho sometimiento surte aún cuando aquellos continúen gozando –con las restricciones propias de dicho beneficio- de su libertad ambulatoria.

Ese grado de convicción sobre la ocurrencia, ilicitud penal, y participación personal con la culpabilidad típica, en los términos exigidos por la ley sustancial, **debe ser corroborado por las partes acusadoras**, en función del *onus probandi* que impera en esta materia.

Del mismo modo en que naturalmente no se exige la certeza plena para que una causa sea elevada a juicio, tampoco es suficiente para atravesar esta etapa intermedia el grado de convicción básico que se requería para citar a los imputados a prestar declaración en los términos del **art. 294, CPP**, ni el grado de verosimilitud que se exige para el procesamiento de los mismos.

Tal como se encuentra reglamentado el enjuiciamiento penal vigente, entre el marco cognoscitivo que precedió al procesamiento de los encartados y la elevación de la causa a juicio debió mediar, mínimamente, una actividad jurisdiccional y probatoria, de impulso por la parte acusadora, lo suficientemente sólido como para que, agotadas las diligencias propias del sumario, quede expedito el plenario para la realización del debate.

En el decisorio alcanzado por el presente recurso no se encuentran reunidos los extremos necesarios y suficientes para abastecer las imputaciones cursadas contra el Doctor BEN, motivo por el cual debe ser receptado el planteo de nulidad que encierra el presente recurso.

Washington Avalos define al auto de elevación a juicio como la resolución jurisdiccional que emana con motivo de la oposición deducida por la defensa y que contiene, como elemento valorativo, la convicción que la causa debe ser conducida a la etapa del plenario<sup>5</sup>.

Levene (h.) y sus colaboradores diferencian el auto en cuestión del de procesamiento en razón que en este último el juez de instrucción hace un estudio provisorio de los hechos y de su calificación legal y, en la elevación a juicio hace una elevación final<sup>6</sup>.

A la luz de nuestra ordenanza, dicho auto es por demás trascendente pues con él se inicia la altercación oral.

El poder que tiene la defensa de oponerse a la elevación de la causa a juicio instando el sobreseimiento (art. 349, inc. 2º, cit.), deriva en la posibilidad de "un nuevo pronunciamiento jurisdiccional sobre el mérito del sumario, por el cual el juez pueda contradecir su anterior punto de vista que lo determinó a pasar los autos al acusador una vez agotadas las investigaciones" (CLARIA OLMEDO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal", t. VI, ps. 109 y sigtes.; Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1967).

---

<sup>5</sup> "Código Procesal Penal de la Nación", ps. 776 y 779, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994.

<sup>6</sup> "Código Procesal Penal", p. 308, Ed. Depalma, 1992

Esta libertad o discrecionalidad que la ley confiere al juez instructor para ir ponderando el material de conocimiento y calificando jurídicamente los hechos a medida que transcurre la actividad instructora y se suceden los diversos actos de obtención de las partes, autorizándolo, incluso, a revocar sus propias decisiones y reemplazarlas por otras de sentido opuesto, es lo que explica que el oportuno procesamiento –aún no firme- dictado en perjuicio de mi defendido de ninguna manera exime a las partes acusadoras, sobre todo cuando se ha producido una prueba pericial con la que no se contó al momento de emitirse el procesamiento en cuestión, de demostrar la existencia de grado de convicción suficiente como para justificar, ahora, la elevación de la presente causa a juicio.

La ley no impone idénticas condiciones para el dictado de los autos de procesamiento (art. 306, cit.) y de elevación de la causa a juicio (art. 350, cit.), por cuanto se trata de dos momentos distintos de la crítica instructoria, que responden a diversas necesidades y cumplen diferentes funciones; en un caso -procesamiento- se trata de evaluar si puede continuar la investigación con relación a una particular acción delictiva, para lo cual basta con que se encuentren reunidos elementos de convicción suficientes para sustentar la posibilidad o probabilidad de que el delito haya sido cometido por el imputado, mientras que en el otro la cuestión radica en merituar el material de conocimiento que ha podido reunirse para establecer si resulta suficiente para dar fundamento a una sentencia condenatoria.

Esta diferencia ha sido sintetizada con precisión diciendo que "si el procesamiento requiere sólo la probabilidad afirmativa, la elevación a juicio debe estimarse como un grado mayor, por tanto, no bastaría la misma convicción que requiere el procesamiento, sino que deberá

ser de una entidad suficiente que permita afirmar con mayor plenitud el hecho que se analiza"<sup>7</sup>.

Suficiencia de prueba para el reenvío a juicio existe cuando el juez de la instrucción considera que las pruebas adquiridas son tales que por sí solas o conjuntamente con otras eventuales nuevas, puedan conducir a la condena del imputado.

Suficiencia debe entenderse, ya en absoluto, como idoneidad de las pruebas ya adquiridas para proceder a una sentencia de condena, ya relativamente, como idoneidad de las pruebas ya adquiridas para ser integradas o completadas por otras pruebas, o bien para conquistar un mayor grado de certeza en debate, al punto de poder inducir a la condena del imputado.

En cambio, cuando las pruebas recogidas carecen hasta de esta idoneidad para conquistar posteriormente en debate el grado de certeza que desemboque en la condena, el juez instructor absuelve (léase: sobresee) por insuficiencia de pruebas" ("Tratado de Derecho Procesal Penal", t. II, ps. 119 y 120, Trad. Sentís Melendo, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1963).

En parecidos términos se había expedido Vincenzo Manzini, diciendo que: *"La insuficiencia de pruebas en las relaciones instructorias se da ...cuando existen indicios o pruebas directas pero aparecen excesivamente débiles para mandar un imputado al debate"* y que *"...el magistrado de la instrucción debe reenviar a juicio siempre que, dada la*

---

<sup>7</sup> ABALOS, Raúl Washington, "Derecho Procesal Penal", t. II, p. 375, Ed. Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993.

*prueba recogida ...se convenza de que de otra forma podrá brotar de la discusión pública la verdad"*<sup>8</sup>.

**En este caso, como ha sido explicado en las postulaciones procesales que evidentemente han sido soslayadas por V.S. no existe ningún elemento probatorio que autorice, a través de su recta ponderación, a sostener siquiera la sospecha sobre la participación penal punible del Dr. BEN en la comisión de los delitos a él atribuidos, por lo que corresponde revocar la elevación de la presente causa a juicio y disponer el sobreseimiento de mi defendido.**

**IV. 2. Nulidad del decisorio apelado por ausencia de tratamiento y resolución expresa de la excepción de falta de acción articulada por esta Defensa.**

Tras haberse presentado la pericia técnica llevada a cabo en estos obrados, con la que V.S. consideró cerrada la instrucción, esta Defensa presentó el día 18 de mayo de 2020, sobre la base de las conclusiones arrojadas por aquella experticia, una **excepción de falta de acción**, a fin de que –receptándose dicha defensa- se decrete el sobreseimiento de mi defendido en esta causa.

**V.S., mediante auto de fecha 20 de mayo de 2020, resolvió lo siguiente en relación a lo pedido por esta Defensa:**

**“b. Sobre la excepción de falta de acción.**

---

<sup>8</sup> "Tratado de Derecho Penal", trad. Sentís Melendo-Ayerra Redín, t. IV, ps. 241 y 142, Ed. EJE, Buenos Aires, 1953.

*“El Dr. Carlos Froment planteó la excepción de falta de acción apuntando, también, a que se suspenda el traslado a los acusadores. Además postuló el sobreseimiento de Carlos Ben.*

*“Los argumentos radican sobre circunstancias de hecho y sobre la falta de convicción de algunos elementos probatorios.*

*“El tratamiento del planteo será diferido. Para ello deberá tenerse en cuenta que estamos en la etapa crítica, a la espera del dictamen de los acusadores para conocer cuál es su pretensión de acuerdo a lo previsto en el art. 347 CPP.*

*“Para el caso de que los acusadores requieran la elevación a juicio, los defensores contarán con las facultades previstas en el art 349 CPP, entre las que se encuentra la de deducir excepciones.*

*“Por ello, teniendo como rector el principio de concentración de los actos procesales y en vistas de dotar de orden al proceso, **el planteo de excepciones presentado por el Dr. Carlos Froment será tratado en su oportunidad a la espera de que los acusadores presenten sus dictámenes y el resto de los defensores también haga uso de las facultades que se prevén al efecto.** Esto no obsta a que el mencionado letrado opte por alguna de las otras facultades previstas”.*

Sobrevinieron, luego, los requerimientos de elevación a juicio formulados por las partes acusadoras, cuyo traslado a esta Defensa dio pie a que, sin perjuicio de la oposición correspondiente, se mantuviera y ampliara la defensa de falta de acción deducida el 18 de mayo de 2020.

**En efecto, como lo podrá corroborar V.S., el mismo día 25 de junio de 2020 esta Defensa presentó dos escritos: por un lado, la oposición a elevación a juicio con pedido de sobreseimiento; y, por otra parte, el mantenimiento y la ampliación de la excepción de falta de acción.**

V.S. ha resuelto todas las postulaciones de las defensas, pero ha omitido hacer lo propio con la excepción de falta de acción articulada por esta Defensa, pese a la expresa decisión de ese Juzgado de fecha 20 de mayo de 2020 en la que difirió el tratamiento de dicha defensa procesal para la oportunidad pertinente.

Lo ha hecho del siguiente modo:

*“IV. RECHAZAR la excepción de falta de acción por inexistencia de delito interpuesta por los Dres. Francisco Castex y Luciano Pauls (apoderados de Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. Sucursal Argentina y abogados defensores de los Sres. Sergio Chividini y Jaime José Juraszek Junior); Zenón A. Ceballos y Federico Ceballos (letrados defensores de Carlos Guillermo Enrique Wagner); Maximiliano A. Rusconi y H. Gabriel Palmeiro (letrados defensores de Julio Miguel De Vido) y Jorge Valerga Aráoz (p) y Jorge Valerga Aráoz (h)(letrados defensores de Aldo Benito Roggio, Fabián Cabanne y Raúl Batallán).”*

Lisa y llanamente V.S. soslayó también ese planteo sustancial, sin perjuicio de lo cual, aún sin ingresar en su análisis ni ponderar sus fundamentos, naturalmente lo ha obturado en tanto ya se pronunció que esta causa seguida también contra mi defendido debe ser elevada a juicio.

Temperamento jurisdiccional manifiestamente incompatible con el que debió haberse dispuesto en orden a una excepción válida y oportunamente deducida cual es la formación del incidente correspondiente para su sustanciación con las contrapartes y ulterior resolución (**arts. 340 y 341, CPPN**).

De modo entonces que no sólo V.S. ha soslayado el tratamiento de una postulación procesal válidamente presentada, sino que ha quebrantado, de modo absolutamente arbitrario, un trámite legal expresamente impuesto por la ley ritual, de la que los magistrados, no pueden prevalerse a través de resoluciones que, como la recurrida, pretenden colocarse por encima del ordenamiento legal que deben cumplir e instrumentar.

No nos hallamos, entonces, ante una simple inobservancia de un trámite adjetivo inconducente, ni ante el fruto de un descuido de ese magistrado: el resultado de tan execrable desempeño judicial no es sino una palmaria violación de la ley adjetiva, a través de una omisión sustancial que conforma una grave defección en la actuación del servicio de Justicia, que inexorablemente debe traer aparejada la nulidad de dicha resolución.

#### **IV. 3. Nulidad de la providencia en crisis por falta de tratamiento de cuestiones esenciales.**

En oportunidad de conferirse traslado a esta Defensa sobre los requerimientos de elevación de la causa a juicio, no sólo me opuse a dichas pretensiones de las partes acusadoras, por el hecho de que, obviamente, los mismos son infundados, sino que también insté el sobreseimiento de mi defendido frente a la ausencia de elementos de prueba bastan-

tes que justifiquen, a más de cuatro años de iniciada esta causa, el mantenimiento de la imputación dirigida contra BEN.

V.S. rechazó tales planteos **sin efectuar la menor consideración de las defensas y planteos opuestos por esta parte, remitiéndose o bien a lo expuesto por el Sr. Fiscal o por las restantes partes acusadores, o bien a lo resuelto en otras decisiones recaídas en estos obrados, pero en ningún caso intentando refutar los argumentos de esta Defensa, dando así lugar a un pronunciamiento a todas luces arbitrario y nulo.**

Por ello es que el resolutorio así impugnado debe ser dejado sin efecto por la Excm. Cámara en tanto se encuentra palmariamente desprovisto de todo fundamento fáctico y probatorio, en tanto no se ha pronunciado sobre ninguno de los argumentos sentidos por esta Defensa al contestar el traslado de los requerimientos arbitrariamente receptados por ese Juzgado.

**En consecuencia, esta parte no tiene otro camino que replantear y reeditar todos y cada uno de los motivos por los cuales ha impetrado la oposición a la elevación de la causa a juicio y el sobreseimiento de mi defendido, en tantos aquella fundamentación se encuentra incólume ante la falta de tratamiento de la misma por parte de V.S., a fin de que la Excm. Cámara acoja tales planteos, anule el pronunciamiento en crisis y, ordene un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.**

Las cuestiones postuladas por esta Defensa que no han sido abordadas, tratadas ni resueltas en el decisorio apelado, son las que seguidamente se enuncian.

**IV. 3. 1. V.S. ha guardado silencio, soslayando los alcances y las conclusiones de la prueba pericial, sobre los efectos jurídicos de las diferencias NOMINALES entre los presupuestos oficiales, los montos contractuales y los pagos finalmente efectuados por la firma “AYSA S.A.”, en relación a la evolución en VALORES CONSTANTES de los precios de las obras. CUESTIÓN ESENCIAL Y DIRIMENTE que demuestra DE MODO COMPLETO Y DEFINITIVO LA ATIPI-CIDAD DE LOS HECHOS INVESTIGADOS POR AUSENCIA DE PERJUICIO PATRIMONIAL.**

El decisorio apelado es nulo en tanto soslaya por completo los efectos jurídicos procesales que surte la prueba pericial llevada a cabo en estas actuaciones, en tanto dicha diligencia técnica termina por demostrar que los supuestos “sobrepuestos” que constituyen la piedra basal de la imputación dirigida contra mis defendidos, **en realidad no son tales, sino que constituyen la consecuencia directa que ocasiona sobre los costos de bienes y servicios la evolución de precios derivada del fenómeno inflacionario verificado en nuestro país entre 2007 y 2015, sin que dichas variaciones nominales constituyan sobrepuestos ni fuente de perjuicios para la empresa “AYSA S.A.”.**

Se ha elevado a consideración de V.S. el trabajo pericial cumplido por los profesionales designados para observar el cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones.

Las partes acusadoras no han cuestionado dicho trabajo pericial, el que, rectamente ponderado, **no ha podido determinar la existencia de un perjuicio económico real y concreto derivado de la ejecución de las obras correspondientes a la PLANTA PARANA DE LAS PALMAS y a la PLANTA DE PRETRATAMIENTO DE BERAZATEGUI.**

**Esa ausencia de perjuicio económico impide, naturalmente, que pueda proseguirse una acción penal que tiene precisamente como sustento esencial una imputación que exhibe como núcleo la existencia de un perjuicio de la parte comitente, que explicaría el beneficio de las empresas contratistas, y, finalmente, el origen de los fondos materia del inexistente cohecho.**

La pericia ordenada en estas actuaciones tuvo un objetivo puntual y concreto, establecido por la Cámara Federal de Apelaciones, consistente en establecer “la mensuración de ese elemento constitutivo del tipo penal de la defraudación [el perjuicio], es decir, a determinar con la mayor exactitud posible el perjuicio económico que las maniobras investigadas causaron al Estado”.

Y ya no hay dudas a partir de lo dictaminado en las pericias glosadas a estos obrados, que la “determinación del perjuicio” ya no depende del manejo de datos cuantitativos nominales como si fueran homogéneos -cuando no lo son-, sino que dicha singular complejidad exige la ponderación de otros elementos sin los cuales de ninguna manera puede alcanzarse la verdad objetiva material sobre los hechos investigados en esta causa.

En efecto, como claramente surge del contenido de los informes periciales acompañados a la causa, aquellos datos cuantitativos meramente nominales que en su momento tanto V.S. como la Excm. Cámara han tomado en cuenta a la hora de calibrar –prima facie- como delictivos los hechos atribuidos a los imputados, **en rigor de verdad no evidencian ni trasuntan perjuicio económico alguno** ni para AYSA S.A., ni para el Estado Nacional, **porque –ya lo podemos ratificar con la total tranquilidad que dimana del respaldo científico expresado por los peritos de la causa- aquellas “diferencias” patentizan las evoluciones de costos de productos, bienes y servicios imbricados en las contrataciones investigadas, derivadas de la depreciación del signo monetario, y no de un indebido enriquecimiento de las empresas contratistas, ni de un injustificado empobrecimiento de la licitante ni del Estado.**

En efecto, lo que ha sido perfecta y fundadamente establecido por los expertos oficiales es la diferencia entre el aspecto meramente nominal de los valores expresados en cada una de las etapas de la licitación y del contrato correspondiente a las obras peritadas con los valores reales que allí se encontraron en juego, confirmándose de ese modo que las meras variaciones nominales en la expresión de precios en absoluto abonan, por sí, la noción del perjuicio económico para la parte comitente.

Transcribo a continuación el contundente –e impecable- análisis efectuado sobre el particular por los peritos oficiales:

**“Dada la inflación que afecta los valores de nuestra economía ocasionando el deterioro del poder adquisitivo de la moneda de curso legal (moneda nominal), impidiendo comprar con una suma de dinero la**

**misma cantidad de un “bien” determinado con el paso del tiempo, deviene imperioso a este cuerpo pericial ilustrar a S.Sa. que a efectos de establecer comparaciones y/o diferencias entre cifras expresadas en moneda de diferentes fechas, para que resulten homogéneas y por lo tanto comparables (moneda constante: es la que mantiene estable e inalterable su capacidad adquisitiva). Exigencia ésta impuesta por los Principios Contables Generalmente Aceptados, vigentes para la profesión contable en todo el país”.**

Esos postulados, de predicamento general, son de aplicación a todos los puntos de pericia contable requeridos por V.S. sobre aspectos cuantitativos de las prestaciones a cargo de AYSA S.A.

**Es importante remarcar que las consideraciones formuladas por los peritos oficiales acerca del impacto inflacionario sobre los precios del contrato de las obras peritadas, también fueron compartidas por los peritos tanto Oficiales como los de la Oficina Anti-corrupción.**

Han compartido, como no podía ser de otro modo dado que se trata de una cuestión científica incontrovertible (que, sin embargo, aparece desconocida o inadvertida hasta la fecha en las sucesivas resoluciones pronunciadas en esta causa), los peritos de la parte acusadora el análisis efectuado por los expertos oficiales sobre el impacto que ocasiona en los precios reales la variación de los costos que deben afrontarse para la ejecución de una obra.

V.S. estableció, oportunamente, los puntos donde efectivamente se ha creído que hubo algún perjuicio; vale decir, en la modifica-

ción del Presupuesto oficial, en la inclusión de financiamiento vía mejora de oferta, en las adendas, y, finalmente en el costo total de ambas obras.

**Los peritos, contestando tales puntos de la pericia contable, determinaron las razones por las cuales no existe ningún perjuicio mensurable económicamente derivado de la realización de las obras.**

**Que aquello que originariamente fue susceptible de ser considerado como “perjuicio” en realidad no fue tal porque las diferencias habidas entre la realidad y el contrato obedecen a las variaciones de precios y costos por el paso del tiempo y a las circunstancias puntuales de esta obra, de características singulares.**

Una conclusión que, en definitiva, viene a resultar con- teste con lo informado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NA- CIÓN en el informe de julio de 2016 agregado a fs. 177/191, por requeri- miento específico de V.S.:

*“En base a lo reseñado podemos concluir que **no fueron observados apartamientos al procedimiento vigente en el proceso de contratación de refe- rencia con las recomendaciones de instrumentación efectuadas por la Comisión Fiscalizadora actuante y las justificaciones de las variaciones requeridas”.** La Comisión Fiscalizadora sustentó fundamentalmente su actuación en los informes y dictámenes emanados de los sectores técni- cos competentes de la fiscalizada que concluyen en que el procedimien- to se ajustó a la normativa vigente.*

*“En relación a la justificación de las diferencias entre el presupuesto original y el último presupuesto actualizado y el monto adjudicado sin financiación, se solicitó a la empresa la justificación de las diferencias, que oportunamente también fueran requeridas por la Comisión Fiscalizadora actuante en la compañía el acta de Directorio que trató la adjudicación.*

*“Sobre el particular, cuyos antecedentes se encuentran en el Anexo 18, se señala que la primera respuesta comprende una justificación de la diferencia entre los presupuestos oficiales a los meses de octubre 2007 y marzo 2008 de \$ 331 millones efectuada en base a documentación obrante en los sectores y en la base de datos de obras de la empresa” (fs. 182).*

Luego, en el informe de la Sindicatura General de la Nación se explican las razones técnicas que sostienen el aumento, ver fs. 183, las que coinciden con las informadas por los peritos: fluctuación de costos por el paso del tiempo y particularidades de la obra híper compleja.

La Comisión Fiscalizadora a la que se hace referencia, está integrada por dos miembros de la SIGEN, justamente para garantizar la eficacia y transparencia en la fiscalización.

Toda la prueba colectada en autos, sumando ahora el reciente peritaje llevado a cabo por contadores e ingenieros, derriban de modo contundente la hipótesis acusatoria.

La Contadora Gentile es muy clara y contundente al señalar que las distintas cuestiones fueron justificadas (fs. 485vta.) y que al momento de los hechos se llevó a cabo una auditoría interna en AYSA, aprobada por la SIGEN (fs. 488).

A lo expuesto cabe agregar el testimonio del auditor de la AGN, Horacio Héctor Pignataro, que examinó los estados contables de AYSA finalizados al 31 de diciembre de 2008. Que si bien las obras por las que se formó esta causa no fueron parte del objeto directo de su análisis, sí estaban en el marco de los puntos a auditar (fs. 521/521vta.). Recuerda ambas obras (puesto que también se le preguntó por la de Berazategui) por su gran magnitud; agregó que si se hubieran hecho observaciones, ellas habrían quedado plasmadas en el papel de trabajo, creyendo recordar que no las hubieron (fs. 521vta.).

Cabe, en este sentido, traer a colación el testimonio del también auditor de la AGN, Jorge Rovegna, quien señaló de modo concordante, que en ninguna de las tres visitas que hizo a la Planta se formularon observaciones y que en la última de aquellas, estaba operativa (ver fs. 969/971).

Pero volviendo al testimonio del **AUDITOR PIGNATARO**, destacamos que de modo muy enfático señaló:

**“AySA siempre recibió las observaciones que se le hicieron desde la AGN, la mayoría de las observaciones están subsanadas. Además, en cada auditoría anual de estados contables se hace un seguimiento del control del ejercicio anterior, en las que surge si AySA acató o no. No recuerdo los casos puntuales de cada observación, pero en su gran mayoría creo que están subsanadas”** (fs. 522).

Los expertos intervinientes en la prueba pericial han coincidido en señalar que aquellas diferencias numéricas entre las cifras contenidas en los proyectos originarios (año 2007), los presupuestos oficia-

les (2008), los contratos celebrados, los pagos sucesivamente realizados y, en definitiva, el costo total de las obras, de ninguna manera responden a un aumento caprichoso y deliberado de los precios realizados para perjudicar al órgano licitante y/o para beneficiar a las empresas contratistas, **sino que dichas cifras, nominalmente distintas, en rigor de verdad expresaban valores constantes que acompañaron la depreciación de la moneda frente a la constante y consistente apreciación también nominal de los costos de bienes y servicios aplicados a las obras así ejecutadas.**

Ese fenómeno estrictamente económico –sobre el que se expresaron los peritos de modo coincidente- naturalmente no es por completo ajeno a los operadores de justicia, sino que los efectos de aquél fenómeno se proyectan sobre el Derecho y sobre los procesos judiciales, del modo en que, desde hace ya muchos años (en la Argentina al menos desde 1976), tanto la jurisprudencia como la doctrina lo han venido analizando.

En distintas parcelas de la presente causa se hizo mención a que la vigencia de la ley de convertibilidad del año 1991 de algún modo se erigía en un obstáculo para que pueda validarse jurídicamente el pago de sumas de dinero, en el marco de contratos de obra, nominalmente superiores a las fijadas en las primeras estimaciones sobre el costo de las obras y en los Presupuesto oficiales de las mismas.

Se trata de una cuestión que ha sido abordada de modo muy contundente por la doctrina de los autores y por la jurisprudencia de los Tribunales, especialmente a partir del año 2002 cuando el régimen económico de la “convertibilidad” cedió frente a la emergencia económica

declarada entonces (leyes 25.561, 25.563, DNU 214/02, y las sucesivas que mantuvieron la emergencia económica hasta el año 2017, situación que fue restablecida en diciembre de 2019).

En efecto, es sabido que al haberse producido la crisis de fines del año 2001 que derivó en la declaración de la emergencia económica y financiera y, con ello, el abandono del régimen de convertibilidad independizando el peso de la pauta oficial que lo relacionaba en paridad con el dólar estadounidense, el art. 4 de la ley 25.561 sustituyó el texto de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, pero mantuvo vigente la prohibición de indexar que establecían dichas normas.

Es así que el art. 7 de la ley 23.928 en su nueva redacción continúa estableciendo que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada; y que en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor. Por cierto, esa norma se completa con la expresa indicación de que tal prohibición no se aplica a los coeficientes indexatorios que la propia ley emergencial n° 25.561 —y sus decretos reglamentarios posteriores— previeron para el caso de las obligaciones pesificadas.

Por su parte, el art. 10, en su formulación según ley 25.561, establece que se mantienen derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos,

precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Se completó la disposición señalando que esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional (inclusive convenios colectivos de trabajo) de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

Por otra parte, la ley de convertibilidad también modificó el antiguo art. 619 del Cód. Civil disponiendo que si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento; lo cual implicó la consagración de un nominalismo rígido que — incluso— ha sido mantenido por el art. 766 del nuevo Cód. Civil y Comercial.

En suma, la indexación nacida de la voluntad de las partes se encuentra proscripta desde el año 1991; y dicha prohibición se ha mantenido hasta la actualidad; salvo en aquellos casos en los que las leyes expresamente la autoricen o instituyan.

Frente a ello, cabe interrogarse qué emplazamiento jurídico merecen aquellas normas y disposiciones propias del funcionamiento de “AYSA S.A.”, como las cláusulas y adendas suscriptas a su amparo, autorizaron y justificaron —a plena luz del día y con el dictamen favorable de todas las áreas técnicas internas y el aval de la Comisión Fiscalizadora— la reexpresión de precios nominales para el pago de las contraprestaciones recibidas en el marco de los contratos de locación de obra materia de investigación en esta causa.

La Corte Suprema de Justicia, al definir el alcance del derecho de propiedad señaló que comprende todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; y entre ellos, nomina a los derechos emergentes de los contratos (Fallos: 294:152; 304:856, entre otros). Por otra parte, el Máximo Tribunal expresó que en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa debe estarse a la igualdad estricta de las prestaciones, ya que no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo, sino un medio que como denominador común permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas (cfr. CSJN, Fallos: 298:466).

Para verificar si existe la lesión de estos principios es preciso comenzar examinando si el escenario económico ha sufrido o no cambios sustanciales que provoquen la ruptura del equilibrio de las prestaciones durante el lapso temporal de vigencia del contrato.

En ese sentido, la realidad ilustra que al menos desde el año 2005 la economía del país sufrió un progresivo aumento del índice general de precios.

De acuerdo a los valores oficiales informados por el INDEC, la inflación promedio del año según el índice de precios al consumidor en 2005 fue del 12.3% anual, la del año 2006 fue del 9,8% anual, la del 2007 se ubicó en el orden del 8,5% anual, la del 2008 en el 7,2% anual, la del 2009 en el 7,7% anual, la del año 2010 en el 10,9% anual, y la de 2011 del 9,5% anual.

Un dato no menor ilustra que desde el mes de marzo de 2011 y debido a la falta de credibilidad que se atribuía a los datos emanados del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, el Congreso de la Nación comenzó a publicar el denominado “índice Congreso” que arrojaba cifras sensiblemente superiores a las que informaba el INDEC.

Ello sin contar con los incrementos que ya venían acumulándose durante los años anteriores a 2005.

A partir de estos datos de la coyuntura económica del lapso temporal bajo estudio, es innegable que los valores estimados a mediados de 2007 fue perdiendo, de manera constante y en cifras de considerable importancia económica, la cualidad de representar el valor de los bienes y servicios indicados en la documentación licitatoria.

Ello de ninguna manera implica inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad del bloque normativo en cuestión.

Estas diferencias en la ecuación económica pueden ser corregidas mediante caminos alternativos o mecanismos indirectos, tales como otras normativas lo han establecido y previsto, incluso para contrataciones donde el Estado es parte (los peritos oficiales han dado ejemplos de ello).

Pero en esta causa penal no se está discutiendo si tal o cual mecanismo de reexpresión de precios quebranta o no una ley de convertibilidad de hace treinta años.

Lo que se discute en esta causa es si la reexpresión de valores nominales sucesivamente aprobados durante la etapa licitatoria, y, luego, en la ejecución de los contratos, fue el instrumento para cometer un delito como el atribuido a mi defendido, y, a su vez, dicho instrumento efectivamente trajo aparejado un daño al órgano licitante y/o un beneficio indebido a los contratistas.

**Ello con independencia de que, tal como ha quedado expresado a lo largo de esta causa, Carlos Ben NO FIRMÓ NINGUNA REDETERMINACION, NI NINGUNA ORDEN DE PAGO, TAMPOCO LAS APROBÓ.**

No obstante lo mencionado precedentemente cabe reiterar que, del mismo modo en que la aplicación de los índices generales propuestos por los peritos oficiales justifican en buena medida la reexpresión de los valores (sin contar el mayor costo de las obras a raíz de los adicionales legalmente aprobados y ejecutados), ni bien se apliquen mecanismos de reexpresión particular de los valores específicamente involucrados en el contrato, **podrá corroborarse que a través de la ejecución de las obras materia de investigación no se ocasionó ningún perjuicio a la parte licitante, como no se reconoció ni se asignó beneficio indebido alguno a la parte contratista.**

Así se ha señalado que cuando existe en la realidad una considerable pérdida del valor adquisitivo de la moneda, los tribunales deben restablecer la ecuación económica real para mantener incólume el crédito debido, para salvar el valor económico de la prestación adeudada y

de esta forma conciliar los derechos de propiedad y de igualdad implicados en el contrato<sup>9</sup>.

Los peritos oficiales utilizaron, quizá por su pertenencia a la Administración Pública, los índices realizados y publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos para reexpresar los valores insertos en los denominados “presupuestos originarios”, en los presupuestos oficiales, en los contratos, en las adendas y, en definitiva, en las redeterminaciones de precios oportunamente aprobadas.

Quizá ahora, después de su normalización a partir de enero de 2016, o antes de 2007, durante los años que precedieron a esa fecha desde su creación en 1968, los informes del INDEC pudieron y pueden ser merecederos de pleno reconocimiento científico.

Pero ello de ningún modo se verifica en el período comprendido entre 2007 y 2015.

En efecto, a partir de enero de 2007 —con la intervención por parte del PEN del INDEC— se produjo una distorsión en los índices publicados por dicho organismo oficial, los que no reflejaron la inflación real.

Pero la inutilidad de los índices publicados por el INDEC en el período bajo examen de la presente causa no obedece exclusivamente a las situaciones referidas en el punto precedente.

---

<sup>9</sup> Bidart Campos; German J. Manual de la Constitución Reformada; T. II, Ediar, Bs. As., 2000 p. 128; Sagüés Néstor Pedro, Manual de Derecho Constitucional; Astrea, Bs. As., 2007 p. 785.

Obedece además a que los índices mencionados en la pericia son índices generales que, como lo explicaron los expertos de parte, incluyen bienes y servicios **ajenos a las obras investigadas en esta causa.**

Por ello es que para determinar con total exactitud si en la reexpresión y redeterminación de precios de bienes y servicios contratados por “AYSA S.A.” en las obras bajo pesquisa se pudo haber cometido algún delito, **debe acudirse a los datos que objetivamente ilustran sobre la evolución de los precios de dichos bienes y servicios, porque son los que en definitiva demuestran la inexistencia de sobreprecios en las contrataciones.**

En clave jurídica, ello responde mejor al objetivo de lograr una deseable relación de equivalencia en la economía contractual, en auxilio de la máxima reciprocidad de intereses.

Si a mediados de 2007 el personal técnico de AYSA presupuestó el valor de un bien objeto de la contratación (supongamos tantos metros de caños) en la suma de \$ 100, y al momento de aprobarse el Presupuesto Oficial, ese mismo producto pasó a valer \$ 120, siendo que a la fecha de firma del contrato creció, en el mercado, a la suma de \$ 140, y que durante las sucesivas etapas de ejecución del contrato, ese mismo producto, en el mercado, se apreció hasta la suma de \$ 180, **la única forma de que la prestación brindada por la empresa sea equitativamente retribuida por la comitente es que ésta abone a aquella la contraprestación real de aquél bien, no porque ello sea un sobreprecio, sino porque ello precisamente es lo que asegura la economía del contrato, la justicia conmutativa y la ecuación económica financiera del convenio.**

Podría preguntarse: ¿y si el índice INDEC para obras, o alguno de los otros índices escogidos por los peritos, resultaron en todas secuencias temporales inferiores a los aumentos registrados en los productos contratados?

La respuesta no puede ser otra que aquella que asegure el equilibrio contractual, porque dichos aumentos no obedecieron a la voluntad de las partes, sino a un hecho exterior ajeno a las mismas, no imputable a ellas: o sea la retribución debe ser la exacta representación monetaria de su costo a la fecha en que el desembolso es realizado.

**Ello no encierra perjuicio alguno para la comitente, ni beneficio indebido para las contratistas.**

Lo contrario implicaría otorgar abrigo jurídico al efecto degradatorio del proceso inflacionario que licua el contenido económico real de las prestaciones convenidas.

Por ello es que, en casos como el que nos ocupa, corresponde acudir a la exacta diferenciación entre cláusulas propiamente indexatorias (o sea, las que utilizan índices para ajustar el precio en función de la depreciación monetaria), por un lado; y por otro, cláusulas que no son indexatorias, porque no están dirigidas a corregir la depreciación monetaria, sino que actualizan el precio, fijándolo con relación al valor de una mercancía determinada, al momento del cumplimiento.

Frente a la inflación, y debiendo celebrarse un contrato de cierta duración, con la finalidad de mantener el precio relativamente ac-

tualizado, las partes inserten cláusulas que después pueden, eventualmente, puedan o no ser aplicadas.

**Por ello es que la concreta, completa y definitiva demostración de que en la determinación de los costos finalmente aprobados y abonados por la empresa “AYSA S.A.” a las contratistas, no ha existido delito alguno.-**

Es que abonar un capital reajustado monetariamente no es abonar más sino abonar lo mismo en términos reales.

La Corte, en el precedente “Camusso de Marino c. Perkins” del 30/12/1974, confirmatoria de una sentencia de la Cámara 3ª del Trabajo de Córdoba, sostuvo entonces en orden a la actualización monetaria que “no existe modificación de la obligación sino determinación del quantum en que ella se traduce cuando ha existido variación en el valor de la moneda (...). En todo caso, el derecho de propiedad afectado sería el del acreedor a quien se le pagaría —si no se aplicara la actualización— con una moneda desvalorizada cuyo poder adquisitivo sería inferior al que tenía cuando nació el crédito”.

El dinero no tiene valor en sí mismo sino como instrumento de cambio y para la adquisición de bienes, por ello no paga lo que debe quien entrega una suma de dinero nominalmente correcta, pero inferior en términos de poder adquisitivo, ya que el acreedor no recibirá lo que se le debía sino menos, afectando su derecho de propiedad (art. 17 CN) y de igualdad (art. 16 CN), porque recibirá un trato distinto al del deudor.

Ello por cuanto cabe destacar que el Derecho Penal también se conecta con el fenómeno económico que refleja la “actualización de valores”.

Una prueba bastante reciente de ello es lo que ha ocurrido a raíz de la fijación, con la ley 27.430, de nuevos valores de punibilidad para los delitos penales tributarios.

Esa situación dió lugar a que los tribunales penales se expidan a la hora de analizar en qué consistía la fijación de los nuevos valores para los tipos penales que ya venían siendo recogidos por la legislación penal tributaria.

**Sobre el particular se ha expedido, en los términos que seguidamente se ilustran, la Sala III de la Excma. Cámara Federal de Casación Penal (Sala que ha prevenido en esta causa).**

Lo hizo recientemente en la causa “RN y Asociados SA s/ recurso de casación”, resolución del 28/06/2019:

*2.- Establecido ello, corresponde recordar que inveteradamente hemos sostenido que las modificaciones a los montos dinerarios en los artículos correspondientes en la ley penal tributaria no son más que actualizaciones, que no comporta una ley penal más benigna.[...] Dicho criterio es el que dejáramos sentado en numerosos precedentes de esta Sala, entre los que cabe destacar las causas n° 16.062 “Quiroga, Patricio R. y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1728/12, rta. el 04/12/2012; n° 15.902 “Yapur, Carlos A. s/ recurso de casación”, reg. n° 1762/12, rta. el 11/12/2012; n°*

518/13 “Di Leva, Antonio y otro s/ recurso de casación”, reg. 2018/13, rta. el 24/10/2013, entre muchas otras.

*En tales oportunidades, hemos sostenido que, a nuestro juicio, el examen acerca de si la acción penal continúa activa o no, debe evaluarse a la luz de lo estipulado en las leyes 23.771 y 24.769, mas no en lo dispuesto en la ley 26.735. Ello es así, por cuanto sostenemos que la modificación operada en los montos dinerarios de los artículos de la ley penal tributaria vía sanción de la 26.735 —actualmente 27.430—, no comporta una ley penal más benigna en los términos del art. 2° del código sustantivo.[-]*

*Es que un escenario muy diferente es el que se presenta cuando existe convertibilidad, y lo más importante aún, plena estabilidad, y en esa coyuntura se da el dictado de una nueva norma que suba el umbral económico exigible; caso que, inequívocamente, se traduce en una ley penal más benigna.*

*Distinta —en cuanto concierne a este particular— es la situación que subyace cuando analizamos la sanción de una ley, como la del caso de autos, que lejos de desincriminar la conducta considerada punible, cumple en elevar el referido umbral económico de punibilidad con el claro motivo de actualizar el monto respectivo, acompañando el proceso inflacionario, la realidad económica y el ajuste a tales baremos dictados por el gobierno nacional.[-]*

*En ese sentido, la aplicación retroactiva de una ley penal solo tendrá lugar si se produce una modificación en la valoración jurídica del hecho que le resulte más favorable al imputado, y no cuando obedezca a determinados cambios coyunturales no vinculados ni vinculables con la ponderación social de la conducta en particular.[-]*

*Por su parte, el aumento de los montos de la ley penal tributaria tuvo lugar a consecuencia de la actualización que se llevó a cabo con el fin de compensar la depreciación sufrida por la moneda desde la sanción de la ley 24.769 —y naturalmente la norma aquí cuestionada— fijando así las barreras de punibilidad, siendo estas cuestiones fluctuantes de política criminal que variaron y que no tienen impacto sobre el tipo penal, por lo que mal podríamos decir que corresponde aplicarla retroactivamente.*

*Dicha actualización tiende a mantener un trato igualitario entre aquellos que llevaron a cabo maniobras de valor económico en un contexto en el cual la moneda en la que se encontraba expresado ese valor, se depreció.*

*Por ello, las alteraciones monetarias son cuestiones de política criminal que fomentan la persecución de grandes evasiones, que solo limitan la punibilidad y no desincriminan el comportamiento delictivo. [-]*

*(...)*

*Lo que ocurre es que los elementos accidentales tienen categoría de elementos del tipo con referencia a un momento determinado, pues son coyunturales. Ello significa que se cristalizan y poseen esa entidad en un momento, que es el de la comisión de la infracción. Son valorados en ese contexto, por eso es que son accidentales.*

*Si la nueva ley modifica solo esos elementos, no es aplicable como más benigna, pues la infracción se consumó y, al no cambiar la concepción jurídica o fundamento de su punibilidad, el tipo permanece intacto. Los nuevos deberes desplazan a los anteriores, pero solo rigen para el futuro [...].*

*En conclusión, [...] si [los hechos] al momento en que se cometieron tenían entidad y luego por la desvalorización monetaria la perdieron, el reproche permanece inalterable” (confr. “Delitos Aduaneros”, Editorial Mave, Bs. As., 2004, ps. 256/259).*

*Por lo demás, no debe perderse de vista que en la dirección indicada — aunque haciendo foco en las leyes penales en blanco— se ha expedido el Alto Tribunal en el caso “Argenflora” anotado a Fallos: 320:763, y más recientemente el Procurador General de la Nación —Resolución PGN N° 5/2012, del 8 de marzo del año 2012, a la que se remite la Resolución PGN 18/2018—, oportunidad en la que resaltó que: “La conclusión a la que se ha arribado en la sección anterior —esto es, que la ley no constituye ley penal más benigna en los términos del art. 2° del CP— no contradice la doctrina implícita en la decisión de la Corte Suprema en el caso “Palero” (Fallos: 330:4544”)), brindando una extensa argumentación que aquí tenemos por reproducida por razones de brevedad, y cuya lectura, respetuosamente, nos permitimos sugerir (nuestro voto en la causa n° 12.854 “Legaspi, Adrián R. y otro s/ recurso de casación” registro n° 444/12.4 del 04/04/2012, de la Sala IV de esta Cámara Federal de Casación Penal).*

*Por último, advertimos también que en situaciones análogas a la presente otros contribuyentes recibieron condenas,[-] por lo que un decisorio justo y equitativo y en particular respetuoso del principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional, debe conceptuar que las conductas que se encontraban reprimidas antes de la mencionada reforma permanezcan siéndolo, por haberse consumado en períodos anteriores a la misma y atendiendo en el caso a la caracterizada naturaleza de la referenciada modificación legislativa descripta y analizada “ut supra”.*

*En ese sentido, una hermenéutica distinta, so pretexto del in dubio pro reo y del principio de la ley penal más benigna —no aplicables al caso como ya se ha visto—, serviría en lo sucesivo para alentar a los penalmente perseguidos a que intenten la mayor dilación posible de las pesquisas y procedimientos con el fin de procurar que cualquier eventual reforma legal posterior pueda interpretarse al menos de manera indirecta, como desincriminadora de una conducta inequívocamente dolosa, cumplida y constatada antes de dicha modificación legislativa. (...)*

*En virtud de la doctrina referida, sostenemos que la última reforma que sufrió la ley penal tributaria registrada bajo el número de ley 27.430 de fecha 27 de diciembre de 2017, en relación con los montos dinerarios no es más que una nueva actualización y que de ningún modo se encuentra desincriminada la conducta.[-]*

*Tenemos particularmente en cuenta además, que el mismo Poder Ejecutivo, en su mensaje 126/17 —correspondiente del Proyecto de Ley de Reforma del Sistema Tributario Argentino— sostuvo que “...dado el tiempo transcurrido desde la última modificación en 2011, se entiende oportuno actualizar los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de cada uno de los delitos tipificados en la ley a fin de adecuarlos a la realidad económica imperante...”.*

*Por lo demás, esta postura es la que sostuvimos en los recientes precedentes de esta Sala, entre los que cabe señalar CPE 1754/2012/TO2/5/CFC3 “Ramírez, Raúl A. s/ recurso de casación” reg. 809/18, rta. el 2/07/18; FPO 5415/2014/CFC1 “Jantzon, Rubén A. s/ casación”, reg. 940/18, rta. el 06/08/2018; CPE 698/2014/TO1/CFC1 “Romero, Jorge D. y otros s/ ca-*

sación” reg. 938/18 rta. el 06/08/2018; CPE 1320/2008/TO1/CFC1 “Fre-  
ga, Liliana E. s/ recurso de casación” reg. 943/18 rta. el 07/08/2018.

*Así surge del mensaje de elevación del proyecto de ley en cuestión por parte del Poder Ejecutivo (donde se indica que la modificación del monto responde a una actualización económica) y de la misma norma aprobada por el Congreso Nacional que califica a los montos como condiciones objetivas de punibilidad (es decir, limitan la punibilidad con total independencia del tipo penal y culpabilidad del autor) y crea la Unidad de Valor Tributaria (unidad de medidas actualizable anualmente a partir del índice de precios al consumidor por afuera de la ley penal) para reemplazar los montos fijos, y en pesos, establecidos por la ley 24.769 (en épocas de vigencia del régimen de convertibilidad).*

*En función de lo expuesto considero que no corresponde aplicar la ley 27.430 retroactivamente a los hechos aquí bajo análisis, debiendo estarse a lo dispuesto por la ley 24.769.”*

En idéntico sentido se han pronunciado otros Tribunales, como la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala I, en autos “Menghini, Virginia Ana y otros s/ infracción Ley 24.769 s/ legajo de apelación”, resolución del 14/11/2018:

**Estos pronunciamientos judiciales enseñan con total contundencia que hasta las mismas normas del Estado explican aquello que, lamentablemente, ha sido puesto en duda en estas actuaciones, y que es que la expresión nominal de las sumas de dinero, como tales, se corresponden con el valor de las cosas en un determinado contexto temporal.**

**Transcurrido el cual, si el valor de las cosas se modificó, el hecho de que la suma de dinero representativa de las mismas experimenten similiar sendero no quiere decir que esa “reexpresión” se traduzca en un “aumento” real, sino en el acompañamiento de aquella evolución.**

En la ley penal tributaria, se considera tan “delictivo” haber omitido el pago de un tributo por una determinada suma en un contexto temporal dado, como haber incurrido en idéntica omisión en una suma varias veces superior pasados algunos años, puesto que se ha comprobado, por expreso reconocimiento legal, que las “nuevas sumas” fijadas en la ley penal posterior no implicaban un agravamiento de las condiciones de punibilidad, sino la reexpresión de los valores en función del envilecimiento monetario.

**Lo mismo que puede predicarse cuando “AYSA S.A.” debió reexpresar los precios de prestaciones que, intrínsecamente, experimentaron modificaciones en sus valores en el mercado; de la misma manera no puede considerarse que esos “nuevos valores” enerraron un “perjuicio” para la empresa “AYSA S.A.”, ni un beneficio indebido para las contratistas.**

**IV. 3. 2. V.S. tampoco se expidió sobre la atribución de responsabilidad penal en cabeza del Dr. BEN y la “falta de mérito” que se ha ratificado a favor de los máximos responsables de la Agencia de Planificación APLA.**

La cuestión expresada en el epígrafe viene siendo ya expuesta en las consideraciones del acápite inmediato anterior.

Es que los actos del Doctor BEN por los cuales se solicita la elevación de la presente causa a juicio oral son materia de un juzgamiento absolutamente distinto y opuesto al que, por caso, se empleó para resolver las situaciones procesales de las máximas autoridades de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN.

**En efecto, el arbitrario direccionamiento de la investigación desplegada en esta causa se verifica también ni bien se advierte que las partes acusadoras atribuyen al Dr. BEN actos en los cuales no intervino en forma personal (redeterminaciones, certificados de obra, etc.), en materias propias de competencias de áreas técnicas de la firma en las que BEN no debía intervenir, enrostrándole una suerte de “responsabilidad penal objetiva” o “transitiva”, absolutamente improcedente.**

**Desplegándose un criterio contrario al otorgado, por caso a favor de los máximos responsables de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN, a quienes se los benefició con sendas faltas de mérito sobre la base de considerar que no podían ser responsabilizados dichos máximos responsables de la APLA por los hechos cometidos por sus subordinados.**

Si, como corresponde, los titulares de las áreas técnicas competentes a cuyo cargo estuvo la realización de aquellos informes y dictámenes sobre los que se apoyó **EL DIRECTORIO** de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” para disponer los actos contractuales correspondientes, no merecieron ningún tipo de reparo por su accionar en los hechos investigados en esta causa, cabe interrogarse por qué motivo

se insiste en calificar como autor penalmente responsable, en grado de autoría, del delito de administración fraudulenta de los fondos en relación a una persona que sólo se limitó a **representar al Directorio de la empresa, otorgando actos de instrumentación a cuyo cumplimiento, incluso, NO HUBIESE PODIDO NEGARSE.**

**Y con relación a los actos de los responsables de las distintas áreas técnicas de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, debe predicarse lo mismo, porque ningún miembro del Directorio de dicha razón social, tampoco el Presidente de dicho órgano, debía, ni podía, entrometerse en los dictámenes de áreas técnicas (legales, contables, ingenieriles, etc.), debiendo estarse entonces a lo que regularmente actuaron agentes de AYSA que, llamativamente, no tuvieron ningún tipo de reproche en su accionar.**

Tanto el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL como la OFICINA ANTICORRUPCIÓN y la Unidad de Información Financiera han consentido lo decidido en esta causa sobre los funcionarios de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN, quienes si bien tenían “funciones de contralor” sobre lo actuado por sus dependientes **se dispuso la falta de mérito de los máximos responsables de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN (APLA) por razones que son enteramente aplicables al Dr. BEN.**

Resulta que en AYSA la responsabilidad es del Presidente del Directorio. No importa si el mismo se limitó a ejecutar las resoluciones del Directorio, adoptadas por unanimidad.

**Los restantes miembros del Directorio NI SIQUIERA FUERON CITADOS PARA TESTIMONIAR SOBRE LAS OBRAS. SIN EXPLICACION ALGUNA FRENTE A UNA INVESTIGACION QUE NO DEBIO PROSPERAR A POCO DE SU INICIO.**

Ni los miembros de la Comisión de Preadjudicación, ni el área económica, ni las inspecciones de obra responden a ninguna inquietud del Fiscal ni de las restantes partes acusadoras, para entender como fueron las cosas.

Pero, claro, para los funcionarios de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN (APLA) se adopta un criterio DIAMETRALMENTE OPUESTO.

Sus máximos responsables se benefician por la falta de mérito, dado que se ha considerado necesario saber si las supuestas faltas de controles atribuidas a dicha autoridad pública eran responsabilidad de sus máximos responsables o de sus estamentos intermedios.

**ES DECIR QUE ESTOS COMPLEJOS TRAMITES CON DECENAS DE INTERVINIENTES CLAVES SE CONCENTRAN EN UNA SOLA PERSONA QUE NO TIENE NINGUNA DE LAS ATRIBUCIONES DE ELABORACION Y DECISION EN LAS OBRAS.**

**Autocontradicción absoluta. Arbitrariedad innegable, asignándose a Carlos Ben facultades que no tuvo.**

Desde ya aclaro que esta Defensa no tiene ninguna imputación para formular a los referidos imputados LOPEZ y BORTOLOZZI, quienes del mismo modo en que el Dr. BEN y seguramente la mayoría abrumadora de los directivos, empleados y trabajadores de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, se han desempeñado en relación a las obras investigadas en esta causa con la más sana intención de cumplir cabalmente sus deberes y obligaciones, más allá de la calificación política que subjetivamente puede atribuirse a dichas obras.

**Lo que sí señala esta Defensa con total vehemencia es la absoluta y total incongruencia –y pareja autocontradicción- que dimana el razonamiento desplegado tanto por las partes acusadoras al consentir la falta de mérito antes referida cuando los mismos motivos escogidos para el dictado de dicho beneficio, de haberse aplicado a la situación del Dr. BEN, claramente tendrían que haber arrojado la misma consecuencia jurídico procesal, o sea la desvinculación de mi defendido de las imputaciones infundadamente dirigidas contra el mismo.**

En efecto, si –como se sostiene en esta causa- no es posible aún atribuir responsabilidad penal en cabeza de López y Bortolozzi hasta tanto no pueda determinarse “si el control de las obras que tenían que llevar adelante como máxima autoridad de la Agencia de Planificación se limitaba a los aspectos formales” o bien “si incluía el control de los aspectos de fondo que omitieron” cabe interrogarse entonces si puede sostenerse, como lo hacen los acusadores, que el Dr. BEN efectivamente participó dolosamente en el delito a él atribuido, **cuando ha quedado suficientemente demostrado en esta causa que todos y cada uno de los actos por él im-**

**pulsados no sólo fueron ejecutados en cumplimiento de decisiones del Directorio de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, sino que se hallaban precedidos de los dictámenes técnicos correspondientes y de la aprobación ulterior prestada por las autoridades competentes.**

**Remarcando que, al menos hasta ahora, la presunción de inocencia que asiste a nuestro defendido, requiere que sean las contrapartes aquellas que demuestren los fundamentos de una imputación, verificándose en el caso la misma insuficiencia probatoria que de algún modo beneficia a LOPEZ y BORTOLOZZI en relación al Dr. BEN, resulta a todas luces arbitrario que se adopten soluciones procesales tan disímiles y contradictorias en relación a sujetos procesales que debieron merecer similar tratamiento procesal.**

Se ha resuelto en autos, sin que ello haya sido cuestionado por las partes acusadoras, que *“de momento, no se encuentra acreditado que ellos hayan tenido conocimiento de las irregularidades detectadas en los procesos de licitación, y que pese a ello, hayan omitido cumplir con sus deberes y funciones de control de las obras”*, lo que obsta a la *“acreditación de un obrar doloso, algo necesario para la atribución de este tipo de delitos”*.

Ello resulta acertado, pero lo que sí resulta absolutamente desacertado es que se haya empleado un criterio de apreciación de la prueba, en relación a LÓPEZ y BORTOLOZZI, tan distinto al utilizado para JUZGAR al Dr. BEN.

Obsérvese que en el caso del Dr. BEN, todas las imputaciones dirigidas en su contra se encuentren claramente enfatizadas a partir

de la condición de “Presidente del Directorio de AYSA”, puntualizándose en todos los casos que dicha condición implicaba que estaba al tanto de todo lo que ocurría con AYSA S.A., siendo responsable exclusivo.

Un criterio errado que, se contrapone con el utilizado al analizar la situación de LOPEZ y BORTOLOZZI, cuando en realidad debió utilizarse un criterio análogo, al ser los máximos responsables de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN. Ello no fue así.

Dicha circunstancia implica arbitrariedad, lo que se traduce en una causal ineludible de nulidad del decisorio apelado.

De igual modo que, según lo decidido en la causa apelada, “el contenido del Manual de Lineamientos, y de Misiones y Funciones de A.PLA” ha beneficiado la situación procesal de LOPEZ y BORTOLOZZI, en tanto no se ha podido demostrar “si la falta de control de las obras es atribuible a su presidente o, si bien, el incumplimiento de tales deberes es imputable a los órganos inferiores, como por ejemplo, a la Gerencia General, a la Gerencia de Planificación Técnica y Económica y/o a la Gerencia de Asuntos Legales”, la normativa que rige el funcionamiento interno de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, la que se encuentra agregada a la causa y debidamente analizados por esta Defensa en sus sucesivas presentaciones, debe guiar el análisis de la situación procesal del Dr. BEN, en tanto todos sus actos –lejos de obedecer a un capricho personal- fueron la derivación de resoluciones del Directorio precedidas de dictámenes y opiniones consultivas de las áreas competentes.

De igual modo, si se ha estimado necesario, previo a establecer la participación de los directivos de la AGENCIA DE PLANI-

FICACIÓN, conocer cuál ha sido el rol de “las consultoras privadas JVP y HCA en las obras”, **estimamos indispensable que idéntico análisis previo debió efectuarse antes de disponer su procesamiento en relación a los hechos vinculados a la ejecución contractual.**

Nada de ello fue ponderado por las partes acusadoras en sus requerimientos de elevación a juicio de la presente causa.

#### **IV. 3. 3. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA RATIFICACIÓN EFECTUADA POR LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE ACCIONISTAS DE AYSA S.A. LLEVADA A CABO CON POSTERIORIDAD AL CESE DE FUNCIONES DEL DR. BEN COMO PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE DICHA EMPRESA.**

Tampoco se ha pronunciado V.S. sobre esta cuestión dirimente.

En efecto, en estos obrados esta Defensa ha acreditado que en la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de AYSA S.A. llevada a cabo el 26 de enero de 2017 con las autoridades actuales de dicha empresa, encontrándose presente en representación del accionista mayoritario nada menos que el Ministro de Interior de la Nación Lic. Rogelio Frigerio, se procedió a aprobar por unanimidad “la memoria y los estados contables del ejercicio económico número 10 correspondiente al período 01 de Enero de al 31 de Diciembre de 2015 de AYSA S.A.”.

No sólo eso fue tratado en dicha Asamblea: a pedido y moción del nuevo Presidente de AYSA S.A., su entonces titular Ing. Ingle-

se, se dispuso aprobar la gestión de todos los Directores y de la Comisión Fiscalizadora.

Todo ello se encuentra documentado en el Acta obrante en el folio 37 del Libro de Asamblea de Accionistas.

Ello no fue un acto aislado.

**Fue corroborado incluso por el accionar de las actuales autoridades de "AGUA Y 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 12, por ejemplo.**

Dicha cuestión es dirimente, por cuanto si la ratificación efectuada por los accionistas de AYSA S.A. no ha dado origen a reproche penal alguno en esta causa, cabe interrogarse por qué motivo se sostiene la imputación dirigida contra nuestro asistido.

Y cabe interrogarse, también, acerca de por qué motivo se insiste en la existencia de un perjuicio fiscal del Estado argentino, **cuan- do los representantes de dicho accionista de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, ratificaron todo lo actuado por las autoridades de la empresa concesionaria a lo largo de todo el proceso de ejecución de los contratos materia de la presente causa.**

Esta Defensa sostiene, respetuosamente, que dentro de las cuestiones que puede deparar la interpretación de los hechos ventilados en la causa, o bien del Derecho aplicable a los mismos, o la forma en que

se ponderan las pruebas, aspectos todos donde jurídicamente pueden fundarse posturas disímiles, **lo que no puede sinceramente tolerarse es que objetivas circunstancias fácticas y jurídicas sean atendidas o soslayadas según perjudiquen o beneficien a determinados imputados.**

Entonces, o bien los actos de las autoridades nacionales no tienen ningún valor, y por ende son inocuos, razón por la cual ninguna atención merecen para determinar si los hechos investigados son o no delitos, o bien, por el contrario, dichos actos, provenientes sí de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, son plenamente válidos y jurídicamente eficaces, en cuyo caso **de ningún modo puede seguir sosteniéndose la existencia de perjuicios a la Administración Pública, cuando sus autoridades ratificaron SIN RESERVAS todo lo actuado por la gestión de AYSA al mando del Directorio integrado y presidido por el Dr. BEN.**

El principio de coherencia que debe guiar el razonamiento exige un temperamento acorde, debiendo remarcarse que nos hallamos ante un extremo absolutamente central y dirimente para la suerte de la causa.

Es como si a una persona que se le imputa el delito de administración fraudulenta de una sociedad comercial, luego demuestra que en la Asamblea de accionistas de la misma se ha ratificado todo lo actuado; salvo que todos esos accionistas luego sean imputados como partícipes de la maniobra, o encubridores de la misma, **aquella inicial imputación se desvanece, porque evidentemente no existió aquella administración fraudulenta.**

Es importante remarcar que no nos hallamos ante una causa iniciada por AYSA, por el Ministerio del Interior y Obras Públicas de la Nación, con sus actuales autoridades, **quienes por el contrario ratificaron todo lo actuado en sendas contrataciones**, sino en una denuncia anónima donde se relatan hechos ajenos a la imputación cursada contra nuestro defendido.

**V. EL DECISORIO APELADO NO CONSTITUYE LA DERIVACIÓN RAZONADA DEL DERECHO APLICABLE A LAS CIRCUNSTANCIAS PROBADAS EN LA CAUSA. PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN CONTRA UN DECISORIO ILEGÍTIMO QUE OCASIONA AGRAVIO IRREPARABLE A ESTA PARTE.**

Aún en el supuesto de que, pese a las deficiencias señaladas en el capítulo inmediato anterior, no se descalifique al decisorio en crisis como acto jurisdiccional palmariamente nulo, la resolución dictada por V.S. de todas formas debe ser dejada sin efecto, receptándose la apelación aquí impetrada, en función de las consideraciones que seguidamente paso a reseñar.

**V. 1. El modo de inicio de estas actuaciones.**

**V. 1. 1.** En el punto IV. 1 del decisorio apelado (pág. 18 del mismo) V.S. ha considerado que el cuestionamiento formulado por esta Defensa contra el modo en que fue iniciada esta causa, debe ser desestimado en la medida en que dicha cuestión habría sido resuelta por la Excma. Cámara al confirmarse el auto de procesamiento de los imputados.

**V. 1. 2.** Sobre dicha argumentación cabe señalar simplemente, en primer lugar, que aquella resolución de la Excma. Cámara no se encuentra firme, debido a que, contra la misma, se dedujo oportunamente por esta Defensa un recurso de casación cuya denegatoria ha sido materia de otra impugnación recursiva cuya procedencia se encuentra a la fecha bajo estudio de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En segundo lugar, el hecho de que, al confirmarse el procesamiento pronunciado en esta causa, el Tribunal de Alzada se haya expedido, en ese contexto procesal, en los términos transcritos por V.S. en el decisorio apelado, de ningún modo impide que, en este renovado estadio procesal, se articule una cuestión esencial que, además, aparece redimensionada como consecuencia de que, tras el cierre de la instrucción dispuesta por V.S., no sólo no existen medios independientes aptos para acreditar los hechos denunciados, sino que con posterioridad al pronunciamiento de la Cámara, surgieron elementos complementarios que fulminan la validez de aquél acto inicial.

Me refiero particularmente a que el contenido del “anónimo” luego pudo ser vinculado con aseveraciones volcadas en sitios de internet que ilustran de modo inequívoco que aquella actuación material (aparición de un papel sin firma en el despacho del Dr. Stornelli) no fue producto de un accionar atribuible a un denunciante real temeroso de su seguridad y de su vida, sino a un obrar premeditado de terceros que de ninguna manera puede recibir, como lo ha resuelto V.S., una convalidación tal que permita edificar sobre semejante obrar delictivo una causa que termina comprometiendo la responsabilidad personal de ciudadanos inocentes respecto de los cuales no ha podido reunirse, tras más de cuatro años de ins-

trucción penal, una sola prueba suficiente que convalide los requerimientos formulados por la parte acusadora.

V.S. titula el considerando IV. 1 del decisorio del siguiente modo: “*Nulidad de la denuncia*”.

Señor Juez, en el caso de autos no hubo denuncia alguna.

Simplemente hubo una actuación material referenciada por un Fiscal, y luego un requerimiento de instrucción que pretendió conectarse con un papel escrito que no puede ser atribuido a persona ni a denunciante alguno.

En ese punto, entonces, asoma la primera defección en lo que hace a las cuestiones expresamente resueltas por V.S. en el auto apelado, en tanto en el resolutorio apelado tampoco se ha analizado ninguno de los fundamentos expresados en el escrito de excepción por falta de acción sobre este punto en particular, en base a cuestiones, reitero, conocidas y planteadas con posterioridad a la confirmación del auto de procesamiento por parte de la Alzada.

## **V. 2. La convalidación de los requerimientos de elevación a juicio.**

**V. 2. 1.** V.S. ha desestimado los cuestionamientos efectuados por las defensas contra los requerimientos de elevación a juicio, al considerar que:

*“El Tribunal no observa deficiencias de fundamentación ni estructurales en la imputación. Los elementos de prueba enumerados y la individualización clara y precisa de los procedimientos irregulares que se evidenciaron en los expedientes de contratación descartan esa pretensión de las defensas. A ello se agrega la circunstancia de haberse explicado pormenorizadamente cuáles son las conductas que se reprochan a cada imputado”.*

**V. 2. 2.** Lo así decidido por V.S. resulta absolutamente desacertado.

En autos no se ha investigan “irregularidades” en una licitación, se investigan delitos tal como aparecen legislados en nuestro Código Penal: defraudación por administración fraudulenta y cohecho.

Y nada de ello se encuentra debidamente demostrado en la causa, ni referido en los requerimientos de elevación a juicio ni, mucho menos, en el decisorio en crisis.

Es que tanto el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, como la OFICINA ANTICORRUPCIÓN y la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA sostuvieron en sus requerimientos que desde antes de concretarse el inicio de los trámites licitatorios de las obras correspondientes a la PLANTA PARANÁ DE LAS PALMAS y a la PLANTA DE BERAZATEGUI, existía un “acuerdo espúreo” entre todos los imputados con el propósito de llevar a los hechos sendas obras de infraestructura del servicio a cargo de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, a fin de obtener en su ejecución, a través de licitaciones y contratos amañados, perjuicio estatal mediante, un beneficio indebido con el que las empresas

habrían de remunerar los actos desleales de funcionarios públicos y de directivos de la referida concesionaria.

En uno de los requerimientos se llega a sostener que incluso la creación de la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, en 2006, ya tenía aquél designio.

Las partes acusadoras sostienen que aquellas obras de infraestructura fueron una suerte de excusa para sacarle dinero al Estado, y repartirlo entre beneficios indebidos a las empresas y coimas para los funcionarios.

Sobre esa premisa, siendo que esas mismas partes acusadoras, al igual que V.S., consideran “agotada la instrucción”, cabe preguntarse:

¿Cuánto perdió el Estado o “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” en la ejecución de las obras objeto de la presente causa?

¿Perdió un millón de dólares, cien millones de pesos, cincuenta pesos, doscientos euros, mil yuanes, doscientos mil patacones, o setenta mil millones de pesos o de dólares?

¿Perdió algo el Estado o la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”?

Entonces, contrariamente a lo que afirma V.S. en el auto apelado, los extremos fácticos atribuidos a los imputados, especialmente

a mi defendido, **no se encuentran precisados en esta causa, ni en los requerimientos, ni en la resolución de elevación a juicio.**

De hecho, esas preguntas continúan siendo inconclusas aún al día de la fecha, porque producida la prueba pericial ordenada por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones, **no surge la existencia de perjuicio alguno para el Estado ni para la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”**

De ningún modo, como se ha explicado en la oposición a la elevación a juicio formulada por esta Defensa, el hecho de que nominalmente el precio originariamente estimado para las obras en 2007 sea inferior a lo que en definitiva costaron las mismas (**que es lo único que resaltaron los requerimientos de elevación a juicio**) revela perjuicio alguno, ni para el Estado ni para la empresa comitente.

Porque esas diferencias “nominales” no se corresponden con “sobrepuestos”, sino con la reexpresión de valores resultantes de incrementos de costos y bienes aplicados a ambas obras.

Pero además los acusadores también hablan de un “beneficio indebido” del que habrían surgido los fondos entregados a los funcionarios públicos y a los directivos de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” inescrupulosos.

Por lo que cabe preguntarse: ¿cuánto ganaron las empresas? ¿cómo?

¿Qué diferencia hubo entre lo que gastaron para ejecutar las obras, en cada caso, y lo que terminaron cobrando, cuando lograron cobrar?

¿Se contemplaron las multas que tuvieron que pagar?

¿Marginado el beneficio lógico de cualquier empresa, cuánto “les quedó” para distribuir entre los imputados por cohecho pasivo?

Una pregunta que, por lo anterior, debe tenerse por contestada, dado que si no pudo determinarse, aún con la prueba pericial, perjuicio alguno para la parte comitente, mal puede suponerse la existencia de “beneficios indebidos” para las empresas.

Sin embargo, para mayor abundamiento, es preciso mantener tales interrogantes frente a aquello que las partes acusadoras consideran “instrucción agotada”.

Y advertimos que, tras cuatro años y cinco meses de sustanciación de la causa, en ninguna foja de la misma, tampoco en los requerimientos de elevación existe el menor atisbo que permita inferir algún guarismo asociado al concepto “beneficio indebido” supuestamente obtenido por las empresas contratistas.

¿Cómo queda entonces el “relato” acusador frente a semejantes datos que ofrece la “instrucción completa”?

Porque está claro que al momento de convocarse a los imputados a prestar declaración indagatoria, o, aún, en ocasión de dictarse

el procesamiento –no firme- de aquellos, podía tolerarse que los conceptos tales como “perjuicio”, “beneficio indebido”, “coimas”, quedasen expresados de modo genérico frente a los hechos atribuidos a los imputados.

Pero al momento en el que las propias partes acusadoras coinciden en que no existe ninguna diligencia de prueba de cargo pendiente (caso contrario así lo habrían puesto de manifiesto de conformidad a lo normado en el **art. 347 inc. 1, CPPN**), está claro que aquellas laxas conceptualizaciones debieron abrir paso a datos concretos, a cifras objetivas, sobre cuál fue el perjuicio de la parte comitente, cuál el beneficio indebido de las contratistas, y en definitiva, cuáles los montos entregados como objeto del cohecho atribuido.

Remarco que esto no tiene nada que ver con la certeza que se requiere para dictar una sentencia condenatoria, porque ello se refiere básicamente a la culpabilidad de los presuntos autores de los hechos investigados; acá estamos alertando que en esta instrucción no ha logrado determinarse lo que podría ser, en otra clase de hechos, “el cuerpo del delito”, o sea concretamente el perjuicio supuestamente sufrido por la comitente (cuánto, cómo, en qué fecha), el consecuente “indebido beneficio” de las empresas, y, finalmente, la cuantía de las “coimas” a las que arbitraria e infundadamente aluden las partes acusadoras y, ahora, V.S.

Es en tal escenario, entonces, donde el “relato” acusador se desvanece por completo, porque sin perjuicio de la parte comitente, no hay beneficio de las empresas, y sin beneficios de las empresas tampoco puede haber cohecho.

En una causa donde aquellos que tienen a su cargo el onus probandi han considerado que no existe ninguna otra prueba pendiente de producción y que, al cabo de cuatro años y cinco meses, la instrucción está cumplida, concluida y agotada.

**V. 3. Los efectos jurídicos de la prueba pericial contable cumplida en la causa: la gravísima confusión en la que incurrió V.S. al considerar que el “perjuicio” se acreditó con las “irregularidades” atribuidas a los procedimientos licitatorios.**

**V. 3. 1.** Arribamos aquí a otro gran desacierto incurrido en el decisorio apelado, que se proyecta sobre una cuestión conceptual central, que revela de un modo prístino la arbitrariedad del resolutorio apelado.

En la resolución apelada V.S. sostuvo:

*“En efecto, los planteos se circunscriben meramente a un desacuerdo con la valoración de la prueba y la acreditación de los hechos en la instrucción. Así, y ya como lo ha sostenido el tribunal revisor, el peritaje encomendado tuvo el propósito de mensurar el perjuicio ya acreditado en el primer auto de procesamiento dictado y luego confirmado por la Cámara. En concreto, el perjuicio se tuvo por demostrado con las pruebas que acreditaron la violación del proceso selección, el reparto amañado de obras públicas, los acuerdos espurios entre funcionarios y empresarios que se evidenciaron en las modificaciones a las condiciones de licitación, los cambios en las ofertas, la concesión de ventajas indebidas a los oferentes, los aumentos de presupuesto, las extensiones de plazos y las incorporaciones de obras en forma irregular que generaron ventajas por fuera de lo*

*previsto a las empresas contratistas y el consecuente costo a la Administración.”*

**V. 3. 2.** Está claro que el tipo penal atribuido a mi defendido (defraudación por administración fraudulenta) no se agota en el “incumplimiento” de los deberes a cargo, ni en la vulneración de las disposiciones que debe observar, vale decir lo que en definitiva V.S. considera como “irregularidades” en los trámites licitatorios.

Exige, y así lo han puntualizado incluso el Sr. Fiscal y los querellantes, que se acredite el perjuicio sufrido por la parte comitente, elemento que de ningún modo puede considerarse acreditado por lo resuelto en el fallo de la Cámara, y mucho menos por la sola detección de aquellas supuestas e inexistentes “irregularidades”, como equivocadamente lo sostiene V.S. en el decisorio en crisis.

La Excma. Cámara efectivamente ordenó en su momento que el perjuicio invocado en las resoluciones de mérito **sea establecido a través de una pericia, que por otra parte es la única manera de determinar efectivamente la existencia de ese elemento del tipo penal.**

**V.S. instrumentó aquella decisión a través de puntos de pericia que, claramente, involucraron tanto los pagos efectuados, como las etapas licitatorias, circunstancias que, por sí solas, desautorizan lo ahora sostenido en la resolución apelada, en tanto de ninguna manera “el perjuicio” equivale a “irregularidades” en el procedimiento licitatorio.**

Lo que aquí interesa es que, con posterioridad al procesamiento (que es un auto intermedio que no implica sellar definitivamente el mérito de una cuestión), y a través de una pericia que no ha sido objetada por las partes acusadoras, ni desautorizada por V.S., se determinó que en realidad **no existe perjuicio alguno mensurado en términos reales** del que pueda extraerse razón alguna para mantener la imputación contra mi defendido.

**Esa ausencia de perjuicio económico impide, naturalmente, que pueda proseguirse una acción penal que tiene precisamente como sustento esencial una imputación que exhibe como núcleo la existencia de un perjuicio de la parte comitente, que explicaría el beneficio de las empresas contratistas, y, finalmente, el origen de los fondos materia del inexistente cohecho.**

La pericia ordenada en estas actuaciones tuvo un objetivo puntual y concreto, establecido por la Cámara Federal de Apelaciones, consistente en establecer *“la mensuración de ese elemento constitutivo del tipo penal de la defraudación [el perjuicio], es decir, a determinar con la mayor exactitud posible el perjuicio económico que las maniobras investigadas causaron al Estado”*.

Y ya no hay dudas a partir de lo dictaminado en las pericias glosadas a estos obrados, que la “determinación del perjuicio” ya no depende del manejo de datos cuantitativos nominales como si fueran homogéneos -cuando no lo son-, sino que dicha singular complejidad exige la ponderación de otros elementos sin los cuales de ninguna manera puede

alcanzarse la verdad objetiva material sobre los hechos investigados en esta causa.

En efecto, como claramente surge del contenido de los informes periciales acompañados a la causa, aquellos datos cuantitativos meramente nominales que son mencionados en los requerimientos de elevación a juicio y en el resolutorio apelado **en rigor de verdad no evidencian ni trasuntan perjuicio económico alguno** ni para AYSA S.A., ni para el Estado Nacional, **porque –ya puede ratificarse con la total tranquilidad que dimana del respaldo científico expresado por los peritos de la causa- aquellas “diferencias” patentizan las evoluciones de costos de productos, bienes y servicios imbricados en las contrataciones investigadas, derivadas de la depreciación del signo monetario, y no de un indebido enriquecimiento de las empresas contratistas, ni de un injustificado empobrecimiento de la licitante ni del Estado.**

En efecto, lo que ha sido perfecta y fundadamente establecido por los expertos oficiales es la diferencia entre el aspecto meramente nominal de los valores expresados en cada una de las etapas de la licitación y del contrato correspondiente a las obras peritadas con los valores reales que allí se encontraron en juego, confirmándose de ese modo que las meras variaciones nominales en la expresión de precios en absoluto abonan, por sí, la noción del perjuicio económico para la parte comitente.

Transcribo a continuación el contundente –e impecable- análisis efectuado sobre el particular por los peritos oficiales:

**“Dada la inflación que afecta los valores de nuestra economía ocasionando el deterioro del poder adquisitivo de la moneda de curso legal**

**(moneda nominal), impidiendo comprar con una suma de dinero la misma cantidad de un “bien” determinado con el paso del tiempo, deviene imperioso a este cuerpo pericial ilustrar a S.Sa. que a efectos de establecer comparaciones y/o diferencias entre cifras expresadas en moneda de diferentes fechas, para que resulten homogéneas y por lo tanto comparables (moneda constante: es la que mantiene estable e inalterable su capacidad adquisitiva). Exigencia ésta impuesta por los Principios Contables Generalmente Aceptados, vigentes para la profesión contable en todo el país”.**

Esos postulados, de predicamento general, son de aplicación a todos los puntos de pericia requeridos por V.S. sobre aspectos cuantitativos de las prestaciones a cargo de AYSA S.A.

**Es importante remarcar que las consideraciones formuladas por los peritos oficiales acerca del impacto inflacionario sobre los precios del contrato de las obras peritadas, también fueron compartidas por los peritos del Ministerio Público Fiscal y de la Oficina Anticorrupción.**

Han compartido, como no podía ser de otro modo dado que se trata de una cuestión científica incontrovertible (que, sin embargo, aparece desconocida o inadvertida hasta la fecha en las sucesivas resoluciones pronunciadas en esta causa), los peritos de la parte acusadora el análisis efectuado por los expertos oficiales sobre el impacto que ocasiona en los precios reales la variación de los costos que deben afrontarse para la ejecución de una obra.

V.S. estableció, oportunamente, los puntos donde efectivamente se ha creído que hubo algún perjuicio; vale decir, en la modificación del Presupuesto oficial, en la inclusión de financiamiento vía mejora de oferta, en las adendas, y, finalmente en el costo total de ambas obras.

Los peritos, contestando tales puntos de pericia, determinaron las razones por las cuales **no existe ningún perjuicio mensurable económicamente derivado de la realización de las obras.**

**Que aquello que originariamente fue susceptible de ser considerado como “perjuicio” en realidad no fue tal porque las diferencias habidas entre la realidad y el contrato obedecen a las variaciones de precios y costos por el paso del tiempo y a las circunstancias puntuales de esta obra, de características singulares.**

**V. 4. Sobre la naturaleza jurídica de la excepción de falta de acción cuando la misma es opuesta sobre la base de la inexistencia del delito investigado.**

**V. 4. 1.** Al referirse de modo expreso a las excepciones de falta de acción opuestas por otras Defensas, V.S. sostuvo:

*“A la luz de las pruebas recolectadas y los autos de mérito dictados en el proceso, considero que la vía intentada no es la idónea para la decisión de mérito que se persigue. Ella está reservada para aquellos casos en los que la investigación versa sobre hechos manifiestamente atípicos, lo que no ocurre en este caso como se deriva lógicamente del acuerdo entre las distintas instancias intervinientes a favor de la acreditación de los hechos y la atribución de responsabilidad. Los argumentos presentados por las defen-*

*sas radican sobre cuestiones de hecho y sobre la supuesta falta de convicción de los elementos probatorios reunidos hasta el momento, es decir a cuestiones no previstas para esta etapa intermedia”.*

**V. 4. 2.** También en ese aspecto del decisorio apelado se verifica, nítidamente, un razonamiento desatinado de esa magistratura.

En efecto, contestar el fundamento jurídico de la pretensión con sustento en que la misma se apoya en una hipótesis absolutamente indiferente para la ley penal sustantiva, constituye una defensa que ha sido convalidada como para ser opuesta a través de la excepción de falta de acción<sup>10</sup>.

El funcionamiento de la referida excepción como instrumento idóneo para debatir la *existencia de delito*, constituye el único camino apropiado para hacer efectiva la pronta conclusión del proceso y *morigerar los riesgos suscitados por una precipitada providencia de apertura de la instrucción* permitiendo así su neutralización cuando el hecho no constituyese delito<sup>11</sup>.

Acordarle a la excepción de falta de acción el alcance referido no es sino consagrar la proyección procesal del principio de legalidad instituido por el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> CCC "Fallos" IV: 313; V:208; VI:209 y 191 y "Fallos" segunda serie I:21.

<sup>11</sup> D'ALBORA, F. J., "La inexistencia de delito como excepción no legislada", ED, 121-975 y sigtes.

<sup>12</sup> VÁZQUEZ ROSSI, J., "Las excepciones en el proceso penal", en JA, 1986-IV, 936 y sigtes. D'ALBORA, F. J., "Código Procesal Penal", Buenos Aires 2003, t. II, ps. 715 y 733. CNCP, sala IV, "in re": De Tezanos Pinto, M, 6/3/00, LA LEY, 2001-C, 115. Así, entre otros, CCC, sala V, en JA, 2001-IV, 336 y TOC N° 4, en ED, 195-71. CAFFE-

Cuando nuestra ley suprema acuñó el *nullum crimen*, no se limitó a sentar un principio de derecho penal sustantivo sino que simultáneamente estableció un resguardo procesal. No sólo a nadie puede imponérsele una condenación si una ley previa al hecho que se le atribuye, no lo define como delito y lo sanciona en tal carácter, sino que nadie puede ser siquiera perseguido penalmente -que no es poca cosa- en esas mismas circunstancias; y si el ordenamiento procesal no prevé el instrumento adecuado para hacer cesar una indebida persecución, es deber de los jueces, en ejercicio de su función creadora del derecho, privilegiar el debido acatamiento de los mandatos del constituyente superando las omisiones en que pudiese haber incurrido el legislador procesal de forma.

Por ello es que, contrariamente a lo resuelto por V.S., resulta perfectamente viable la excepción opuesta.

**V. 5. El análisis sobre la incidencia que, según V.S., ha tenido el financiamiento de las obras en el “incremento de costos” de las obras.**

**V. 5. 1.** Insiste V.S., en los mismos términos que vienen siendo empleados virtualmente desde el inicio de estas actuaciones, en que el financiamiento para la construcción de las obras ha constituido, en definitiva, un elemento pernicioso para “el costo” de las mismas.

**V. 5. 2.** Es importante remarcar que este es uno de los puntos que V.S. ha encomendado a los peritos actuantes, y que fue fundamentalmente analizado por los expertos, a través de conclusiones que, sencilla-

---

RATA NORES, J. I. y TARDITTI, A., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado", t. I, p. 119, Córdoba, 2003.

mente, desmienten rotundamente aquella ligera apreciación en la que por cierto discurren –sin fisuras- tanto el Juzgado actuante como el Fiscal Delgado y los querellantes.

No niego que el relato surgido de la épica, según el cual el “elemento extranjero” en una obra nacional, en supuesta e inexistente violación de las normas del “compre nacional”, conforma la herramienta a la que vaya a ser quién o quienes acudieron para “perjudicar el Estado” y “beneficiar a los empresarios”, suena como una melodía para muchos oídos.

Pero lo cierto es que estamos en un proceso judicial, donde la retórica debe ceder espacio para que transiten las imputaciones válidamente sustentadas en pruebas legales y oponibles a las partes.

Así, en lo que concierne a la obra de Paraná de las Palmas, debe señalarse en primer lugar que en la misma prueba pericial encomendada por V.S. se dejó establecido que la diferencia entre la propuesta originaria y el contrato en definitiva firmado con la ampliación del financiamiento alcanzó al **CUATRO POR CIENTO (4%)** del precio del contrato.

Remarco que dicho diferencial es **en términos nominales** que naturalmente quedan purgados ni bien se tenga presente cuál debió ser la reexpresión de los valores indicados en la oferta de abril de 2008 a la fecha de la firma del contrato (noviembre de 2008).

Y para ello también debe ponderarse si la diferencia real entre el valor del contrato con la aceptación de la mejora de oferta no

ocasionó un beneficio de financiamiento para “AYSA S.A.” asociado a aquél mayor financiamiento.

**De lo actuado en la pericia no surge ningún indicio que justifique la existencia de “perjuicio REAL” para “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” como consecuencia de la admisión de la mejora de oferta propuesta por la contratista.**

Este es el dato que inexorablemente debe tenerse presente para confirmar que la aceptación de dicho aumento en la financiación de ningún modo trae aparejado un perjuicio para la comitente, teniendo en cuenta cuál era la situación económica y financiera de dicha empresa en 2008.

Y a esos fines, también, debe ponderarse si realmente era conveniente afrontar el 100% del costo de una obra histórica, proyectada desde años atrás para atender una demanda social básicamente para las futuras generaciones, poniendo en cabeza de los actuales usuarios o bien de los accionistas de la firma el peso de una obra que en definitiva habrá de brindar beneficios básicamente hacia el futuro.

Debemos recordar en qué contexto se produjo esta fase de la contratación.

En un contexto internacional donde Argentina –ni su Estado ni sus empresas públicas ni privadas- no tenía acceso a créditos internacionales, la UTE ODEBRECHT propone una mejora de oferta basada en una ampliación del financiamiento desde el equivalente a u\$s 115.000.000 (monto ofrecido en la oferta ) al equivalente a u\$s

320.000.000; ello implicó una financiación del orden del 44 % del monto total de la Obra, o sea una parte muy significativa de la misma.

No quedan dudas de lo conveniente del incremento del monto financiado.

A partir de la documentación considerada, los peritos fueron contestes en que para la UTE **no resultaba posible** mejorar la oferta económica, pero sí reconocen el esfuerzo que hizo al haber obtenido del BNDES (Banco oficial de un Estado integrante del MERCOSUR) un mayor financiamiento.

Este dato también nos aleja del delito, de la irregularidad y hasta de la supuesta desprolijidad, porque muestra que la UTE se mantuvo firme en su oferta, a la que sin dudas llegó realizando un esfuerzo para presentar dentro de lo posible los precios más razonables; en esa imposibilidad de mejorar la oferta sin dudas está la resignación de rentabilidad, ya que la oferta fue lo más acotada posible.

**Por el contrario, si el supuesto entente (relación amistosa basada en la confianza y en el mutuo conocimiento), con los directivos de la parte comitente alegado por la acusación hubiera estado presente, la UTE probablemente no hubiese tenido ninguna necesidad de mejorar la oferta supuestamente pre-acordada.**

A la misma conclusión nos lleva la ampliación del financiamiento obtenida del BNDES. Destacamos que este financiamiento fue solicitado por la brasileña Odebrecht en su calidad de exportador de bienes y servicios, y ese mayor financiamiento (pedido por la comitente a

la UTE para obtener alivio financiero) tuvo un costo adecuadamente explicado por los peritos, consistente en resignar insumos argentinos en favor de los brasileños.

Es lógico que lo haya exigido así el BNDES: si iba a desembolsar trescientos millones de dólares (US\$ 300.000.000) naturalmente podía pretender a cambio que de allí se deriven beneficios para la industria brasileña (sobre todo teniendo en cuenta el objetivo de responsabilidad social de una entidad crediticia como esta).

Todo ello sin que exista el menor indicio de que dicho mayor aporte de implementos importados haya originado un perjuicio económico para “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Siendo entonces que, por el contrario, esa contratación en definitiva coadyuvó al cumplimiento de uno de los propósitos esenciales de un Tratado Internacional que, como el de MERCOSUR, firmó oportunamente la República Argentina, con la República Federal de Brasil, la República Oriental del Uruguay, y la República de Paraguay.

De este modo, todas las partes obtenían los beneficios de una negociación razonable: 1) la UTE podía acceder a una de las exigencias de la licitante; 2) “AYSA S.A.” aliviaba su impacto financiero a través del financiamiento de un tercero; 3) el BNDES cumplía con su prioridad de fomentar el desarrollo de la industria brasileña.

Agregaron los peritos que “*el monto ofrecido de hasta US\$ 320 millones, implicó una financiación del orden del 44% del monto total de la Obra, o sea una parte muy significativa*”; tratándose de un in-

crecimiento significativo, **señalaron que merecería ser objeto de un estudio pericial específico.**

Expresaron aquellos Auxiliares de Justicia que: “los informes de expertos en finanzas que recomendaron la aprobación del crédito BNDES por encontrarse encuadrado en las Normas de AySA (Caja 15 Carpeta 72 fojas 28918/32 y Caja 17 Carpeta 79 fojas 31969/75), asimismo, fue aceptado por el Ministerio de Planificación Federal previa intervención del Ministerio de Economía”.

Sin dudas se trata de un impacto favorable, gestionado exclusivamente por la socia brasileña ODEBRECHT en su calidad de exportadora de bienes y servicios pero avalado por la normativa vigente y en este caso aconsejado por la conveniencia y necesidad, porque permitió mejorar la potencialidad del proyecto sin coste adicional para la empresa licitante.

En contratos de obra como el que resulta objeto de las presentes actuaciones, donde parte del costo de la misma es objeto de una financiación por una entidad pública, debe tenerse presente el concepto del Valor Presente Neto del contrato.

O sea, el costo real que tiene, al momento en que se celebra el contrato, una determinada obra cuyo precio sólo en parte debe ser afrontado por recursos actuales del comitente, siendo el resto materia de un financiamiento público como el que en definitiva fue ofrecido por la UTE ODEBRECHT.

Se puede observar mediante esta herramienta que a partir del financiamiento obtenido “AySA S.A.” obtuvo un 39,47% de ‘descuento’ en la porción financiada del contrato si uno compara los importes teóricamente abonados con aquellos que hubiese tenido que pagar si NO hubiese contado con el mismo financiamiento.

Ello corrobora el beneficio general que tuvo este financiamiento: no sólo para el logro de un mejor proyecto constructivo y en definitiva la obtención de un mejor producto (planta potabilizadora), sino un impacto favorable en cuanto a que AYSA no soportó esos mayores costos venimos diciendo desde el inicio- que la metodología de certificación y pago del contrato fue por un lado en pesos y, por el otro, en dólares a través de la financiación del BNDES).

Se colige de todo lo expuesto, de modo definitivo, que el supuesto perjuicio o saldo negativo para la empresa licitante que exige cualquier figura de defraudación, no está presente en este caso (es más, nunca se lo menciona en todo el peritaje).

**Todos los peritos documentaron que la diferencia nominal entre el monto del contrato y el presupuesto oficial obedece al paso del tiempo y las modificaciones introducidas sobre el presupuesto oficial.**

**Una variación porcentual es aceptable y debe entenderse como acorde a las fluctuaciones propias del mercado (nada indica lo contrario), ya que según el Manual de Contrataciones de AYSA son permitidas las modificaciones hasta en un 30% por encima del presupuesto (ver punto 1 apartado 1 del Instructivo de Tolerancias del**

**Anexo 9 del Manual de Procedimientos de Gestión de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios de AYSA).**

Lo propio cabe predicar en relación a la obra de Berazategui.

Ha quedado establecido en la pericia que mediante nota fechada el 27/06/2008, la empresa AYSA le solicitó a la UTE integrada por ESUCO SA. y CONSTRUCCIONES CAMARGO CORREA SA. SUCURSAL ARGENTINA, un mejoramiento de la oferta, como así también del nivel de financiamiento ofrecido y del detalle de la nueva asignación financiada. (fs. 11956-Caja 12-Carpeta 26).

La misma fue respondida por la UTE el 01/07/2008 (fs. 11957/8-Caja 12-Carpeta 26), diciendo:

*“... y en consecuencia adjuntamos a la presente la correspondiente mejora de dicha oferta básica, la cual consiste en una fuente alternativa de financiamiento la cual, en primer término está compuesta por:*

*Planilla de cotización de propuesta con Financiamiento, que incluye comparativa con oferta Básica...”*

De los dichos vertidos en las misivas de la UTE ESUCO - CAMARGO CORREA se observa un incremento nominal entre la oferta original presentada el 07/02/2008 de \$ 457.897.432,52.-, con relación a la mejora de oferta exteriorizada el 01/07/2008 de \$ 481.764.394,22.

Señalan los peritos que si bien el financiamiento implicó un aumento del 5% nominal sobre el valor de la oferta original, permitió a la comitente reducir la tasa de financiación y pagar la obra en un plazo de 12 años (10 años PLANTA DE PRETRATAMIENTO DE BERAZATEGUI 2 de gracia).

La oferta original presentada (\$ 457.897.432,52.-), de acuerdo al estudio financiero realizado por AySA (informe obrante en el expediente licitatorio a fs. 12291/302 - Carpeta 26), podía ser financiada a una tasa promedio del 14% en dólares.

La mejora de oferta (\$ 481.764.394,22.-), ofrecida con financiación del BNDES, implicaba un costo financiero total del 7,1% en dólares.

**O sea un costo financiero equivalente a la mitad de la oferta original.**

Esa fue la consecuencia de que, tratándose de una negociación que involucró a un Banco oficial brasileño, y gracias a las garantías adicionales que el Estado Nacional ofreció a las obligaciones contraídas por la empresa “AYSA S.A.”, se obtuvo una menor tasa de financiación presentada a través de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Como consecuencia de ello, los peritos dictaminaron UNANIMEMENTE lo siguiente:

**“Dada la diferencia de tasas, el valor actual neto de la mejora de oferta resultaba menor al valor actual neto de la oferta original.”**

Corresponde entonces remitirse al análisis brindado en el capítulo que antecede, a cuyo contenido me remito breviter causae.

**De modo tal que en el caso de la Obra de Berazategui en particular, la mejora de oferta propuesta por la UTE CAMARGO CORREA no sólo no ocasionó perjuicio alguno a “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, sino que implicó una reducción en el costo final de la obra, merced a la reducción de la tasa de interés convenida para el financiamiento ofrecido.**

**V. 6. El tiempo que demandó la ejecución de las obras.**

**V. 6. 1.** V.S. también encuentra demostrado el “perjuicio” sufrido por la parte comitente en los plazos empleados para la ejecución de las obras investigadas; dice el auto apelado:

*“Además de las adendas vinculadas a las redeterminaciones de precios, las adendas que prorrogaron los plazos de entrega de la obra constituyeron otro factor que da cuenta del perjuicio sufrido por el Estado y que se encuentra estrechamente vinculado al invariable aumento de costos por sucesivas redeterminaciones de precios”.*

**V. 6. 2.** Semejante aserto encierra dos errores gravísimos que es preciso poner de realce sucintamente, más allá de las amplia-

ciones que habré de formular ante la Alzada en la oportunidad establecida en el **art. 454, CPPN**.

En primer lugar, todas y cada una de las ampliaciones de plazo fueron aprobadas por adendas que fueron el resultado de la oportuna intervención de las áreas técnicas de la empresa “AYSA S.A.” sobre las cuales mi defendido no tuvo, ni pudo tener, injerencia alguna, dado que se trata de estamentos técnicos de la empresa que, tanto antes, como ahora, se manejan de modo absolutamente ajeno a cualquier directiva de naturaleza gerencial o de política empresaria.

En segundo lugar, la ampliación de los plazos de ejecución contractual de ninguna manera puede conectarse con perjuicio alguno, en tanto los invocados mayores costos, en realidad no reflejaban sino el mero ajuste nominal de prestaciones que, en términos constantes, no experimentaban variación real alguna.

En todos los casos han sido aplazamientos objetivamente justificados, vinculados con imprevistos que, con mayor o menor frecuencia, se producen en todo tipo de obras de esta naturaleza, especialmente cuando las mismas ostentan las dimensiones y complejidades como las que han podido ser corroboradas en los dictámenes periciales obrantes en este legajo.

#### **V. 7. La calificación de la ampliación de obra aprobada por la Adenda número 9 como “obra nueva”.**

**V. 7. 1.** En el decisorio apelado, sin que se conecte con ello ningún concreto perjuicio, se señala que la ampliación de obra aproba-

da a través de la Adenda número 9 de la Planta Paraná de las Palmas, en realidad debió ser llevada a cabo como una obra nueva, con una nueva licitación. Dice V.S.:

*“La nueva obra fue justificada como ampliación en los términos del Manual de Procedimientos de Gestión de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios (es decir, obra nueva en el mismo proyecto efectuada posteriormente y sin afectación del perímetro). Por el monto de la obra y sus características, si bien se trataba de una obra vinculada, tenía una individualidad que propiciaba un nuevo llamado a licitación”.*

**V. 7. 2.** Dicha afirmación al abordar el análisis de las obras y los procedimientos investigados en autos resulta desacertada, ya que se aleja de la realidad acerca de cómo debe ser afrontada una ampliación de obra en relación a emprendimientos de la envergadura de la Planta Paraná de las Palmas.

Se trata de una cuestión que viene siendo desmenuzada desde los orígenes mismos de esta causa.

Ahora, gracias al aporte de la pericia contable obrante en la causa, todas y cada una de las argumentaciones que esta Defensa sostuvo a la hora de explicar las razones que justificaron la ampliación de obra tal como fue instrumentada en la Adenda 9, cuentan con el inobjetado respaldo de la opinión, precisamente, de aquellos expertos.

Esta cuestión formaba parte del punto de pericia 7 de la Obra Paraná de las Palmas.

V.S. requirió de los peritos que informen el monto de la Adenda 9 “y su variación en el presupuesto y en el monto del contrato”, y la “variación porcentual”.

Naturalmente la obra mencionada en la Adenda 9 no formaba parte del Presupuesto original dado que la situación sobreviniente que el proyecto integral de la obra previó (anexión del Partido de Escobar al área de prestación de servicio de AYSA S.A.) recién ocurrió **en 2013**, no en **2008**.

Los peritos oficiales no sólo informaron **en términos nominales** los valores de la obra incluida en la Adenda 9, haciendo constar el incremento que la misma provocó en el costo total de la OBRA PARANA DE LAS PALMAS, sino que hicieron lo propio atendiendo a los **valores reales reexpresados en función del tiempo transcurrido entre la fecha del contrato y la fecha de la rúbrica de la Adenda 9**.

De esa manera los peritos oficiales dejaron en claro que en términos reales la incidencia de la aprobación de la Adenda 9 osciló el **quince por ciento (15%)**, aplicando los índices genéricos propuestos por los expertos, **o sea menos de la mitad de la incidencia que en su momento se ha considerado en esta causa como “ampliación de obra” supuestamente irregular o indebida**.

Ello, reitero, tomando los índices genéricos utilizados por los peritos oficiales, porcentuales que resultan aún menores si se consideran los valores reales involucrados a partir de los datos proporcionados por la inspección de obra.

Claramente no corresponde comparar nominativamente los valores del contrato de abril de 2008 con los de la adenda de noviembre de 2013.

Hay casi cinco años de diferencia y, como bien dijeron los peritos al responder los puntos 1 y 2, no son comparables por falta de homogeneidad monetaria además de por razones puntuales atinentes al proyecto en concreto.

Por tanto, valiéndose de los tres índices de comparación que vienen usando, los peritos establecen que el costo de la Adenda 9 (Renglón 10) con respecto al monto del contrato ajustado a valores de mayo de 2013, implicó un incremento que oscila entre el 13,70%, 14,54% y 16,77% del valor del contrato.

Se trata de incrementos razonables de acuerdo con la magnitud del proyecto en general y a la necesidad técnica de contar con las incorporaciones aprobadas por la Adenda 9.

**Y variaciones que, por lo demás, justifican que respecto de esa ampliación de obra no haya debido acudirse a una “nueva licitación” como la que, de modo completamente advenedizo, propicia el fallo apelado como supuesto procedimiento correcto para instrumentar aquella ampliación.**

**V. 8. El erróneo análisis que se efectúa en el resolutorio apelado sobre la Adenda número 11 de la Planta de Paraná de las Palmas.**

**V. 8. 1.** V.S., al hacer mención a la Adenda número 11 de la obra mencionada en el epígrafe, va más allá aún en su desatinada descalificación al sostener lo siguiente:

*“En este supuesto es donde se observa más ostensiblemente el otorgamiento de un beneficio ilegítimo a la contratista. Y es que claramente no se trata de un adicional de obra ni una ampliación de obra. Resulta evidente que nos encontramos frente a una nueva obra, obra que -como bien señala el informe de la PIA- se hallaba bajo la competencia municipal o provincial y que, incluso, debió ser afrontada por la propia contratista atento a su responsabilidad respecto del posible daño o deterioro de los caminos o rutas por su exclusiva culpa”.*

**V. 8. 2.** Inicialmente me pregunto: ¿en base a qué criterio V.S. ha considerado que la necesidad de pavimentar los accesos a las obras investigadas ha sido por culpa de la contratista, y no a una consecuencia directa e inmediata de la realización de una obra de semejante magnitud, con independencia de quién estuvo a cargo de la misma?

Se trató de una ampliación de obra que naturalmente no estaba prevista en el proyecto originario y cuya necesidad asomó con independencia de la empresa ejecutante, a la que nadie pudo atribuirle responsabilidad en tal sentido.

Naturalmente la obra mencionada en la Adenda 11 tampoco formaba parte del Presupuesto original dado que la situación sobreviniente que el proyecto integral de la obra previó (necesidad de pavimentar y repavimentar accesos a la Planta Potabilizadora y a la Toma Paraná de las Palmas) recién ocurrió **en 2015**, no en **2008**.

**Y la modalidad escogida para su realización (ampliación de obra y no una nueva obra a licitarse por separado) obedeció a que su incidencia en el costo total de la obra obviamente no superaba el monto establecido para ello en el Manual de Contrataciones de AYSA S.A.**

Todo lo cual se encuentra documentado en el informe pericial obrante en la causa.

Allí los peritos oficiales no sólo informaron **en términos nominales** los valores de la obra incluida en la Adenda 11, haciendo constar el incremento que la misma provocó en el costo total de la OBRA PARANA DE LAS PALMAS, sino que hicieron lo propio atendiendo a los **valores reales reexpresados en función del tiempo transcurrido entre la fecha del contrato y la fecha de la rúbrica de la Adenda 11.**

De esa manera los peritos oficiales dejaron en claro que en términos reales la incidencia de la aprobación de la Adenda 11 osciló el **2%**, aplicando los índices genéricos propuestos por los expertos, **o sea menos una cuarta parte de la incidencia que en su momento se ha considerado en esta causa como “ampliación de obra” supuestamente irregular o indebida.**

Ello, reitero, tomando los índices genéricos utilizados por los peritos oficiales, porcentuales que resultan aún menores si se consideran los valores reales involucrados a partir de los datos proporcionados por la inspección de obra y por el recto procedimiento de determinación de precios que debe aplicarse al caso.

La Adenda 11 fue suscripta el 13 de agosto de 2015. Los peritos oficiales se valen del criterio seguido a lo largo de su estudio y aplican las tres metodologías usadas (INDEC Decreto 1295/2002; INDEC ICC en GB –Obra Pública sólo hormigón elaborado; INDEC ICC- Materiales Obra Pública).

Por tanto, de ese modo establecen que el costo de la Adenda 11 (Renglón 11) con respecto al monto del contrato ajustado a valores de enero 2015, implicó un incremento que oscila entre 2,12%, 2,19% y 2,41% del valor del contrato.

### **V. 9. Los procedimientos licitatorios como “ficción” para perjudicar “al Estado” y “beneficiar a las empresas”.**

**V. 9. 1.** Al respecto, en iguales términos que los referidos por la Oficina Anticorrupción, se sostiene en el decisorio en crisis:

*“... se trataron de licitaciones en espejo, con los mismos participantes, realizadas prácticamente en simultáneo y con notorias irregularidades que van más allá de faltas o errores administrativos: fueron meras ficciones que desnudaron un acuerdo previo entre empresarios y funcionarios públicos. Hicieron hincapié en que ese acuerdo previo se había evidenciado en intercambios entre empresas y las compañías que financiarían los proyectos, en los que se habría expuesto información contenida en los pliegos antes de su publicación”.*

**V. 9. 2.** En esta misma causa, en reiterados actos procesales, se ha hecho mención a la existencia de un Plan Director para la am-

pliación del servicio de suministro de agua potable y para el tratamiento de efluentes al área de la concesión a cargo de “AYSA S.A.”

Las obras materia de la presente causa formaron parte de dicho Plan Director, y dicha circunstancia en modo alguno puede ser tomada como parte de un ilícito, en la medida en que la elaboración de dicho Plan ha sido muy anterior incluso a la existencia misma de “AYSA S.A.”, lo que desmiente rotundamente la inferencia expresada en el párrafo del decisorio apelado que he transcripto en el punto V. 9. 1.

Jamás se ocultó ni fue materia de especulación alguna que la envergadura de las obras objeto de estas actuaciones, justificaron – desde un inicio- que las mismas sean llevadas adelante con algún grado de simultaneidad, siempre en el marco del programa de obras de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Ello se estableció desde mucho antes del cierre de los plazos para que los oferentes presenten sus propuestas, por lo que la “grave” circunstancia que la Oficina Anticorrupción verificó no justifica de ninguna manera la especulación que se proyecta en el decisorio apelado, puesto que el hecho de que la firma de los contratos se haya concretado en una misma fecha obedece a una cuestión de naturaleza absolutamente institucional, corolario de largos procesos internos de “AYSA S.A.” durante cuya tramitación no ha existido el menor reparo ni el más mínimo reproche.

De igual modo resulta arbitrario sostener que los imputados, cada uno desde su posición o rol, hayan contribuido a alterar los fines del proceso licitatorio a efectos de direccionarlo hacia las empresas que finalmente resultaron adjudicatarias en condiciones favorables para éstas y

en perjuicio de la parte licitante atento las deficiencias y mayores costos ya detallados, **sin el acompañamiento, ni el concurso, ni el consentimiento, del resto de los directivos y agentes de AYSA.**

Se le atribuye incluso a los imputados semejante capacidad aún para continuar la maniobra delictiva cuando ya habían cesado, todos ellos, sus respectivas funciones en AYSA.

Algo ciertamente incomprensible, en tanto según el entendimiento de V.S. cuatro directivos de “AYSA S.A.” manejaron a su antojo, sin que nadie diga nada, los destinos de esa empresa hacia una especie de desgracia que habría sido la ejecución de dos obras monumentales en condiciones que aparecen claramente ilustradas por la pericia obrante en la causa, **sobre la cual V.S. no destina NI UNA SOLA PALABRA en todo su extenso pronunciamiento.**

Sobre todo en lo que concierne a BEN, quien obviamente desde su condición de miembro de un órgano colegiado de cinco integrantes, mal pudo intervenir de modo eficiente en el desarrollo y cumplimiento de los actos que se le atribuyen.

Nadie ha sostenido, siquiera, que los restantes miembros del Directorio hayan firmado los mismos actos de decisión que obviamente suscribió BEN, como consecuencia de violencia, error o dolo, por lo que resulta ciertamente incomprensible el razonamiento seguido por el Fiscal y los querellantes para quienes el Dr. BEN, acompañado de algunos directivos de AYSA, logró inducir a un número muy importante de agentes y empleados de AYSA para acompañar pasivamente actos ilegales.

Sostener ello implica desconocer abiertamente la naturaleza de la empresa AYSA, el modo en que se forman las decisiones de dicha firma, la competencia, capacidad y aptitud de las distintas comisiones técnicas que han actuado en ambos procesos licitatorios, y que obviamente con su inobjetada actuación han asegurado el dictado de actos que, contrariamente a lo sospechado por los acusadores, se han ajustado a Derecho y a las condiciones reglamentarias imperantes al momento en que tales etapas licitatorias fueron cumplidas.

Cabe concluir de todo lo expuesto que no ha existido **ningún tipo de direccionamiento en la tramitación de los procedimientos licitatorios investigados en esta causa.**

Es que los procedimientos llevados a cabo desde la elaboración de los pliegos correspondientes hasta la adjudicación de las obras y consecuente firma de los contratos respectivos, observaron cabalmente las normas específicas que, por entonces y actualmente, gobernaban el funcionamiento de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.".

Ello se corrobora fácilmente ni bien se aprecia el contenido del texto de sus bases y condiciones en tanto allí no se exigen marcas, no se requieren patentes, no se solicita una tecnología específica ni un método constructivo en particular, y no se supedita la adjudicación a la existencia de un financiamiento.

**No existió direccionamiento alguno.**

Se establecieron en los documentos licitatorios los recaudos técnicos genéricos que debían observar los oferentes, en un todo de

acuerdo con las normas que regulaban –y regulan actualmente- los procedimientos de contratación de la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Un direccionamiento del procedimiento licitatorio podría endilgarse a un pliego donde, por caso, se hubiese requerido equipamiento con o sin marca pero con una característica única, o bien solicitado una tecnología particular de manera tal de posicionar una empresa o subcontratistas o proveedores que incidieran en forma determinante, o, en otra hipótesis, exigido una tecnología de potabilización con marca registrada o elementos al que tiene acceso o privilegio una empresa o un fabricante asociado.

Nada de ello ocurrió en este caso. Se otorgó a favor de cualquier interesado en participar en el proceso licitatorio con absoluta y total libertad tecnológica, de provisión y ejecución, de materiales y equipamiento.

¿Qué acuerdo previo puede establecerse con amplia difusión y sin exigencias de marcas, tecnologías o patentes?

Lo que aparece corroborado no sólo por los mismos testigos sobre los cuales se ha apoyado la imputación dirigida en contra de BEN sino por los informes de la SIGEN (el caso de la Contadora SILVANA GENTILE, que también declaró en la causa en fecha 25 de abril del año 2017).

Dicha profesional, tras recabar diversos informes de la misma empresa AYSA, los que fueron proporcionados por las actuales autoridades de dicha empresa, arribó a la siguiente conclusión:

***“Los análisis de precios de cada partida pueden considerarse RAZONABLES y su TRASLADO a la planilla de cotización de precios ES LA QUE PERMITE OBTENER EL MONTO OFERTADO”.***

***“En base a lo reseñado podemos concluir que NO FUERON OBSERVADOS APARTAMIENTOS AL PROCEDIMIENTO VIGENTE EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE REFERENCIA con las recomendaciones que efectuó oportunamente la comisión fiscalizadora actuante y las justificaciones requeridas. La Comisión Fiscalizadora sustentó fundamentalmente en los informes y dictámenes emanados de los sectores técnicos competentes de la fiscalizada que CONCLUYEN que el procedimiento SE AJUSTÓ A LA NORMATIVA VIGENTE.”***

Ello no surge de una simple “apreciación” de los datos disponibles; los valores en cuestión responden al análisis de 2300 precios de rubros involucrados en la licitación.

Por lo demás, NO HUBO NINGUNA PRESENTACIÓN, RECLAMO, SOLICITUD O PROPUESTA DIFERENTE O IMPUGNACIÓN A LOS CONCURSOS, que pudiera advertir alguna situación anómala o irregular.

En la auditoría realizada por la Auditoría General de la Nación de fecha 27 de noviembre de 2013 se expresa idéntica conclusión:

“El concurso público para la contratación de la obra fue realizado en el marco de lo dispuesto por el manual de procedimientos de gestión de AySA...”

Esta misma conclusión fue ratificada por el Cdor. Horacio Héctor Pignataro el 4 de mayo de 2017 en testimonio ante V.S., quien declaró en representación de la Auditoría General de la Nación.

**O sea no sólo nos hallamos ante pliegos y documentos contractuales que se ajustan a las normas de la empresa licitante, sino que además su contenido fue suministrado por las áreas técnicas estables de la empresa, sin ningún tipo injerencia del Dr. BEN.**

En el caso de Planta Depuradora Berazategui, el mismo fue realizado por un consultor para Aguas Argentinas y ratificado técnicamente y formalmente por el Banco Mundial.

Vale decir que se trataba de un pliego que había sido elaborado desde años atrás, cuando la concesión del servicio de agua estaba en cabeza de la firma “AGUAS ARGENTINAS S.A.” (ver testimonio de, entre otros, el señor Chividini).

Y no sólo se trataba de pliegos licitatorios debidamente elaborados de conformidad a la normativa aplicable, sino que, además, dichos documentos formaban parte del plan que AySA había elaborado y que contempla múltiples inversiones de diversa índole y dimensión, a través de otras obras, todas ellas dirigidas a mejorar la prestación del servicio público encomendado a dicha empresa.

Se trata entonces de un accionar previa y públicamente elaborado y difundido, sin ningún tipo de esquicio para que, en su programación y desarrollo, pueda siquiera inferirse la existencia de designio delictivo alguno.

En efecto, a través de la nota de AySA N° 11.916/06 se remitió a la Subsecretaría de Recursos Hídricos el **Plan de Acción de la Sociedad** que contemplaba: la planificación de obras de la empresa en el período 2006/2020, las unidades físicas involucradas, cuestiones tarifarias, el Plan Quinquenal 2007/2011, los indicadores de servicios, ingresos, inversiones y financiamientos.

Dicha comunicación obedeció al hecho de que aquella Subsecretaría ostenta la condición de autoridad competente de la repartición estatal titular del servicio concesionado, como lo hace cualquier firma concesionaria con la autoridad concedente.

**Como consecuencia de ello, las obras que son materia de investigación en la presente causa no fueron alcanzadas entonces por LICITACIONES MELLIZAS deliberadamente pergeñadas con un propósito delictivo, sino que formaban parte de un conjunto de obras, algunas de ellas que ya venían siendo evaluadas antes de que AYSA exista siquiera, por lo que queda absolutamente desvirtuada la descalificación formulada en el auto de procesamiento así impugnado.**

Así fueron planificadas, quedando su ejecución concreta diferida para la oportunidad en que, en cada caso, existió el financiamiento concreto necesario para su realización.

La Planta Depuradora de Berazategui la había proyectado técnicamente Aguas Argentinas, **pues se trataba de un emprendimiento comprometido anta la Corte Suprema de la Nación ante un reclamo de la comunidad y el Municipio de Berazategui, en los autos caratulados “Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A. s/ ordinario”, expediente 1694/01, a raíz de una sentencia pronunciada por la Sala II de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.**

En el caso específico de Tigre, más de un año antes de su licitación ya se habían recibido los terrenos para ejecutar la planta planificada en 2006 y se difundió a pocos días de crearse AySA como ha sido largamente documentado en esta causa.

Y en el caso concreto de las obras que son materia de análisis en esta causa, sus pliegos de bases y condiciones fueron girados públicamente a las reparticiones competentes de la autoridad concedente (Subsecretaría de Recursos Hídricos y a APLA), para que se pronuncien dichos documentos.

Idéntica información se suministró públicamente a otras reparticiones; así es que cuando mediante NOTA DP N° 11.370 de fecha 3 de septiembre de 2008 el Defensor del Pueblo de la Nación solicitó información sobre las obras materia de la presente causa, se le contestó a dicho órgano de la Constitución mediante NOTA AySA N° 73.972 de fecha 6 de octubre de 2008 respondiendo los 11 puntos planteados por la Defensoría del Pueblo.

En efecto, la Defensoría General de la Nación solicitó en dichas actuaciones información sobre el desarrollo del trámite licitatorio, requerimiento que fue en tiempo e íntegramente contestado por "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A."

Se informó quienes eran los oferentes y se indicó **EXPRESAMENTE QUE AÚN NO SE HABÍAN ADJUDICADO DE MANERA TAL QUE SI HUBIERA ALGÚN COMENTARIO QUE PLANTEARA ALGUNA DUDA O REQUIRIERA PROCEDER EN CONSECUENCIA ANTES DE LA ADJUDICACIÓN**, ello evidentemente hubiese ejercido incidencia en el trámite, **cosa que no ocurrió en absoluto.**

Se dieron a conocer también allí los presupuestos de la obra y sus modificaciones, así como los montos de contratación financiados, si se adjudicaban las obras con la financiación propuesta.

Siempre se hizo saber, tanto a la Defensoría del Pueblo de la Nación, como se manifestó, cada dato y cada situación con total transparencia. Se respondió a cada Organismo o estamento de control interno o externo, cada inquietud u observación o consulta.

Como sucedió durante el proceso, después tampoco se recibió ninguna denuncia, reclamo o solicitud que advirtiera irregularidad alguna y los procesos continuaron conforme las normas vigentes en "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", tal como lo destacaron SIGEN y AGN entre otros.

Toda esa información se brindó **antes de la adjudicación de los contratos, no recibándose ningún tipo de objeción ni de reparo.**

Ni de oferentes, ni de interesados, ni de terceros, ni organismos o estamentos de control.

Contrariamente a lo sostenido por el Fiscal y las partes querellantes, la divulgación y conocimiento de los planes u obras no implica direccionamiento del procedimiento licitatorio ni favorecimiento a ningún interesado en participar del mismo.

Sobre todo cuando, como en el caso, cada etapa del trámite licitatorio fue materia de difusión oficial, en forma absolutamente pública y transparente, observándose siempre las normas que regulan el funcionamiento de AYSA.

Precisamente la difusión de los planes de obras, de los proyectos de contrataciones, resulta absolutamente lógico y necesario en relación a las obras importantes, en la medida en que ello facilita la búsqueda de financiamiento, el interés de mayores y más calificados oferentes, y la vocación de inversores orientada a participar en el procedimiento, a través de interacción de cámaras empresarias, bancos públicos y privados, proveedores, y hasta subcontratistas para cierta clase de trabajos.

Y en ese amplio marco de difusión de los documentos correspondientes al procedimiento de selección de los contratistas de AYSA, en relación a las obras investigadas en esta causa, se encuentra perfectamente corroborada la legalidad y transparencia de los pliegos aprobados

por aquella empresa en tanto durante el desarrollo de **todo el procedimiento licitatorio** NO SE RECIBIÓ NINGUN PEDIDO SOLICITANDO PLAZO, OBSERVANDO O IMPUGNANDO EL PROCESO, que pudiera advertir un desvío o un impedimento o una dificultad para cotizar.

Estamos hablando de EMPRESAS CONSTRUCTO-RAS que conocen perfectamente los procedimientos y los mecanismos para ofertar.

Incluso el financiamiento era opcional en toda su amplitud y sólo podía analizarse si el que lo ofrecía ganaba la licitación y aun así se debían verificar las condiciones para ver si era aceptable. ¿Dónde hay direccionamiento?

Cualquier empresa que hubiera cotizado SIN FINANCIAMIENTO podía obtener el contrato sin objeciones. Sólo debía ganar por precio total. Tampoco el financiamiento que eventualmente se ofreciera tenía referencias a seguir, tal como se hace cuando **sí es condición de oferta**. CABE TENER PRESENTE QUE TAMPOCO LOS PLIEGOS ESTABLECIERON REGLAS PARA COMPARAR OFERTAS FINANCIADAS POR LO QUE NO SE CONTEMPLABA ESTA POSIBILIDAD. EN COMPETENCIA.

Si empresas como por ejemplo Impregilo, Techint o IECSA hubieran querido licitar, no tenían otro impedimento más que su decisión de no hacerlo.

**¿Cómo entonces puede pensarse siquiera que Carlos Ben podía evitar a cualquier empresa a que cotice?**

**En especial cuando por el porte de las obras se presumen empresas de envergadura, cuando no la unión de dos o más empresas.**

Los pliegos empleados para las contrataciones alcanzadas por esta investigación no exigían financiamiento alguno como condición de validez de las ofertas.

Han declarado en la causa, como testigos, representantes de empresas cotizantes, quienes no brindaron el menor reproche a los pliegos utilizados en las contrataciones correspondientes a las obras materia de la presenta causa, tratándose tales empresas de dos interesados que, en un caso, cotizó un precio superior al ganador, y en el restante no se presentó a ofertar por entender que no estaba en condiciones de licitar.

Los pliegos fueron el resultado de una tarea objetivamente encarada por las áreas técnicas de la empresa "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", siguiendo los parámetros habituales que dicha concesionaria fue realizando desde años atrás, bajo las diversas modalidades de gestión.

Se hace mención también, en el decisorio apelado, a los efectos que habría surtido en la contratación la cuestión del financiamiento de las obras, a partir de **la participación de una entidad estatal de la República Federativa del Brasil (BNDES), la que en modo alguno justifica la descalificación de los hechos** que se viene llevando adelante en esta causa.

**Ya en la pericia técnica cumplida en autos ha quedado documentado que el financiamiento de las obras constituyó un beneficio directo en el costo final de las mismas.**

**El financiamiento no formó parte condicionante de la licitación.**

Surgió dicha alternativa luego que se preadjudicó la obra, tratándose de una cuestión vinculada a criterios de conveniencia a la hora de afrontar, en mejores condiciones financieras, su pago, lo cual se determinó a partir de la opinión y trámite de múltiples organismos hasta que finalmente se concretó.

Pertenece a un ámbito de decisión que excede al Directorio de AySA –de que BEN es un integrante más teniendo a su cargo la Presidencia de dicho órgano ejecutivo- en el marco de las incumbencias técnicas internas correspondientes.

Y específicamente de nuestro asistido, abogado de profesión, experto en cuestiones de servicios públicos en materia sanitaria, pero con conocimientos ordinarios y básicos en materia financiera o contable, para lo cual, como los restantes miembros del Directorio, apoyaron en los dictámenes de los profesionales correspondientes la decisión de concretar las obras financiadas de esta manera.

De igual modo se actuó con relación a las restantes parcelas del financiamiento de las obras, tanto con BID, BIRF y CAF.

Sobre la cuestión de la financiación BNDES y en incidencia en los contratos no constituye ni de cerca una cuestión en la que Carlos Ben tuvo interés, injerencia y participación directa.

En el fallo apelado no se ha analizado, tampoco, cómo se insertaba el financiamiento del BNDES y los motivos por los cuales una comisión de expertos primero, a nivel de dictamen especializado consideraba la conveniencia del mismo.

La conveniencia de dicha modalidad de financiamiento fue incluso sometida al tratamiento y consideración de los organismos competentes, los que no formularon objeción ni reparo de ninguna naturaleza.

Y el hecho de que efectivamente el BNDES que aportó los fondos haya establecido controles en la aplicación de los mismos, claramente constituye una salvaguarda adicional en lo que concierne al debido destino de tales recursos.

La cuestión del financiamiento de las obras, a partir de la participación de una entidad estatal de la República Federativa del Brasil en modo alguno justifica la descalificación de los hechos que se viene llevando adelante en esta causa.

Tampoco puede considerarse vulnerada en el caso la ley 25.551 –de “Compre Nacional”- por el hecho de que durante la ejecución de los contratos haya debido acudir a la utilización de bienes y servicios de origen brasileño.

**Ello así por cuanto en relación a las actividades de firmas brasileñas rige una normativa específica emanada del Tratado de Asunción constitutivo del MERCOSUR, tratados internacionales que, incorporados al Derecho patrio, se encuentran por encima de las leyes vigentes y constituye política de Estado.**

Hacemos mención especialmente, entre otras normas que favorecen el intercambio de inversiones entre Argentina y Brasil – junto a los otros países del Mercosur- a la **Ley 25.035**, norma legal que aprobó el **Acuerdo suscrito con la República Federativa del Brasil sobre Facilitación de Actividades Empresariales.**

Dicho acuerdo, entre otras disposiciones, establece la obligación de cada Estado parte de facilitar a los agentes o inversores de la otra parte “el ejercicio de sus actividades sin otras restricciones que las emanadas de las disposiciones que rijan las actividades de los empresarios del Estado receptor”.

En el artículo VI de dicho Acuerdo se ha establecido que las partes “cooperarán entre sí con el objetivo de armonizar sus legislaciones y reglamentos con el tratamiento reconocido por dicho Acuerdo a los empresarios nacionales de una de las Partes para posibilitar el ejercicio de sus actividades habituales en el territorio de la otra”. A fin de “alcanzar los objetivos de integración fijados en el Tratado de Asunción, y se inspira en las disposiciones emanadas de los órganos propios del MERCOSUR” (artículo VII).

En función de dicho acuerdo la vigencia de la ley de compra nacional no puede predicarse como lo hacen las partes acusadoras

en supuestos donde los bienes y servicios en cuestión provienen de ciudadanos o empresas brasileñas.

Sabido es que el propósito del Mercosur es el establecimiento de un mercado común en términos de libre circulación de bienes, servicios, capitales, empresas, personas y eliminación de prácticas restrictivas de la libre competencia.

La integración económica estimula la competitividad y ayuda a dimensionar el mercado. Sin duda la defensa de la competencia es garantía de funcionamiento del mercado y podríamos definirla de acuerdo con la práctica de la mayoría de los países de la OECG a la que pertenecen los cuatro países miembros del Mercosur; que se comprometieron a asegurar "condiciones adecuadas de competencia" como propósito del Tratado de Asunción (art. 1). Ello es relevante por razones comerciales, jurídicas y políticas; particularmente, por el rápido incremento de las fusiones y adquisiciones que involucran fundamentalmente a compañías argentinas y brasileñas.

**Está claro que en dicho contexto normativo, en el marco de relaciones internacionales trabadas mediante convenios aprobados por el H. Congreso de la Nación, las contrataciones que trajeron aparejadas la adquisición de bienes y servicios de origen brasileño de ningún modo pueden ser calificadas como ilegales o violatorias de la ley de "compre argentino", precisamente porque dicha norma es inoponible a supuestos como el que nos ocupa.**

Ello así por cuanto en estos obrados se ha decidido atribuir a actuaciones cumplidas en el marco de una **sociedad regida por el**

**Derecho Privado**, la condición y los efectos de un organismo del Estado, postulando derechamente que esa misma empresa habría actuado en algún grado de connivencia con un **Banco oficial** (BANDES) de otro Estado independiente (República Federativa del Brasil) para la comisión de delitos en perjuicio del Estado argentino.

**V. 10. “AYSA S.A. es el Estado” y otras aseveraciones que, pese a su contundencia, encierran graves errores de los que se derivan aún más graves desaciertos en el decisorio apelado.**

**V. 10. 1.** En un solo párrafo la resolución apelada acumula múltiples desaciertos conceptuales.

*“Los acusadores coincidieron en que AySA es una empresa estatal, en razón de su conformación societaria, con participación mayoritaria del Estado. Esto es lo que les permitió asegurar que los intervinientes en nombre de AySA eran funcionarios públicos. Además, sostuvieron, las obras fueron financiadas por dinero público (préstamo de ANSES a AYSA y aportes del Tesoro Nacional), y el actuar interesado y fraudulento de esos funcionarios perjudicó las arcas del Estado.”*

Inequívocamente V.S. comparte el criterio de los acusadores según los cuales:

- a) “AYSA S.A.” es el Estado.
- b) Los directivos de “AYSA S.A.” son funcionarios públicos.
- c) Todo perjuicio de “AYSA S.A.” es perjuicio del Estado.

d) Préstamos dados a “AYSA S.A.” son pérdidas para el Estado.

**V. 10. 2. Todo ello es absolutamente errado, por cuanto:**

Principio por destacar que la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones que oportunamente confirmó el criterio seguido por V.S. acerca de la naturaleza jurídica de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” como “EMPRESA DEL ESTADO” o como parte del Estado nacional, **no se encuentra firme.**

Sentado ello procedo a rebatir seguidamente, en el mismo sendero que esta parte ha venido siguiendo desde el inicio de su intervención, los fundamentos escogidos en esta causa para sostenerse, de modo absurdo y desconociendo el tenor de **leyes expresas vigentes en nuestro país**, que “AYSA S.A.” “es el Estado”, o una “empresa del Estado”.

La cuestión que nos ocupa en este capítulo no es menor, porque, como es sabido, la administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública constituye un delito especial que únicamente puede ser cometido, como autor, por el funcionario público que se encuentra directamente vinculado con el patrimonio estatal por expresa disposición normativa o acto jurídico.

**De ninguna manera los actos y hechos atribuidos a CARLOS HUMBERTO BEN constituyen actos de un funcionario público en ejercicio de competencias propias de la Administración Pública.**

En efecto, **ni la firma "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", resulta una “empresa del Estado”, ni sus directivos y agentes 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, ni sus actos resultan propios de la misma.**

Ello en función de lo normado en las leyes 19.550, 26.100 y 26.221, en el D.N.U. 304/06, en el Código Civil y Comercial de la Nación y en las normas reglamentarias y complementarias dictadas al efecto.

En ese punto entonces donde la postura sostenida por V.S. exterioriza un temperamento *contra legem*, o sea ilegal, ilegítimo, anti-jurídico, contrario a derecho, arbitrario y absurdo, que descalifica íntegramente todos los desarrollos ulteriores.

Es que “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, como lo viene sosteniendo esta parte, se trata de una sociedad anónima que tiene como particularidad la 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 elaboración, celebración y ejecución de contratos.**

Esta Defensa ya ha acompañado a la causa copia de la inscripción registral de la constitución de aquella entidad como persona jurídica ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, como “**Agua y**

**Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima: Numero correlativo I.G.J. 1767653 Sociedad Anónima.”**

El criterio seguido por los acusadores no se compadece con la legislación que rige en la materia -no sólo la vigente ahora, sino la que imperaba al momento en que se verificaron los hechos de la presente causa.

**AYSA S.A. no es una empresa del Estado, ni es una sociedad del Estado, ni es una sociedad con participación mayoritaria del Estado en los términos de la ley 19.550, ni integra la Administración Pública Nacional.**

**Lo sostenido por V.S. colisiona abierta e injustificadamente con lo establecido en la ley 26.100 (DNU N 304/06).**

**Es una empresa regida por el Derecho Privado que celebró un contrato de concesión con el Estado Nacional para prestar el servicio suministro de agua potable y tratamiento de desechos cloacales en Capital Federal y –por entonces-17 partidos del Gran Buenos Aires, en similares términos, desde el punto de vista de su objeto, al que vinculaba al Estado Nacional con la firma “AGUAS ARGENTINAS” S.A. como anterior concesionaria.**

Sabido es que en el año 1993, tras la privatización de Obras Sanitarias de la Nación –esa sí era una empresa pública estatal<sup>13</sup>-, el

---

<sup>13</sup> El 27 de abril de 1973 por Ley 20.324, se produce la transformación jurídica de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE OBRAS SANITARIAS, que pasa a ser persona jurídica de carácter público, denominándose: "EMPRESA OBRAS SANITARIAS DE

servicio de agua potable y desagües cloacales fue encomendado a una firma particular, concediéndose la explotación de dicho servicio público a la razón social "AGUAS ARGENTINAS S.A." en el área de Capital federal y Gran Buenos Aires.

Tras 13 años de actuación de dicha empresa, se dispuso el cese de esa concesión, encomendándose la prestación del referido servicio público a una **sociedad anónima creada por el D.N.U. N° 304/2006, ratificado por ley 26.100.**

Dicho reglamento de necesidad y urgencia dispuso la constitución de una sociedad anónima con el objeto de prestar el servicio de agua potable y de desagües cloacales en el área concesionada, es decir, Capital Federal y –entonces- 17 partidos de la provincia de Buenos Aires, denominada "Agua y Saneamientos Argentinos S.A."

**Quedó establecido allí que la nueva sociedad habría de regirse por las normas y principios de Derecho privado, no siéndole aplicables los regímenes de procedimientos administrativos, de contrataciones del Estado, de obras públicas ni, en general, normas o principios de Derecho Administrativo, salvo las de control que establece la Ley de Administración Financiera 24156. En la misma línea, se determina que las relaciones con el personal se regirán por la Ley de Contrato de Trabajo 20744 y sus modificatorias y los convenios colectivos celebrados con las asociaciones gremiales representativas de dicho personal (arts. 11, 7 y 8).**

---

LA NACIÓN" o, en su defecto "O.S.N.", convirtiéndose de esa forma en una de las empresas del Estado Nacional.

**Rige entonces un particular régimen jurídico de esa sociedad comercial, regida por las normas del Derecho privado, con expresa exclusión de los regímenes de procedimientos administrativos, de contrataciones del Estado, de obras públicas y, en general, de normas o principios de Derecho Administrativo.**

Los considerandos del D.N.U. 304/2006<sup>14</sup> desmienten categóricamente el razonamiento sobre el que se pretende erigir la elevación a juicio solicitada.

Dichos considerandos, reproducidos íntegramente en anteriores presentaciones de esta parte, permiten corroborar que las consideraciones antes transcritas del auto de procesamiento son lisa y llanamente **infundadas y contrarias al Derecho vigente**, en tanto califican a los responsables de AYSA como “funcionarios del Estado”, y a sus actos como “administrativos”, como si AYSA formase parte o hubiese formado parte de la Administración Pública estatal, desconociendo las diferencias entre una empresa del Estado (como lo era ENTEL u OSN, por caso) y una sociedad anónima donde el Estado es meramente accionista (como Aerolíneas Argentinas S.A. o AYSA S.A.).

---

<sup>14</sup> “Que para la normal continuidad de la prestación del servicio público de servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales del área atendida hasta el día de la fecha por Aguas Argentinas S.A., resulta oportuno disponer la creación de un ente jurídico que tenga bajo su responsabilidad la operación del servicio.

“Que a tal efecto se considera que la sociedad anónima es la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio y lograr la adaptación necesaria frente a los cambios o contingencias del caso, garantizándose así la continuidad y regularidad de la prestación.

“Que, además, por razones de celeridad administrativa en la puesta en marcha de la empresa que se crea, corresponde facultarla para que se efectúe la contratación de nuevo personal, exceptuándola del cumplimiento del Decreto N° 491 de fecha 12 de marzo de 2002 y sus modificatorias por un plazo prudencial.”

Como consecuencia de ello, **AySA no ha dictado, ni dicta ACTOS ADMINISTRATIVOS, ni es una empresa del Estado, ni sus recursos son del Estado, ni sus deudas son del Estado, ni sus directivos son funcionarios públicos.**

En este aspecto cabe señalar con doctrina – incluso internacional- más que centenaria que enseña que la nota distintiva que involucra a los funcionarios públicos y su competencia se expresan a través de actos administrativos y NO EXISTE en el ámbito nacional norma alguna que haya modificado o alterado tal proceder (ver ley 19.549 y sus reglamentaciones).

Tal actividad no existe en AySA, que como toda Sociedad Anónima, se rige por la Ley de las Sociedades 19.550, sus Estatutos, sus normas y sus procedimientos internos.

En estos últimos se encuentra el Manual de Contrataciones que se encuentra glosado en la causa, pero que evidentemente el Juzgado no lo ha ponderado debidamente.

Esa normativa descalifica por completo los absurdos análisis efectuados en esta causa sobre presuntas irregularidades y anomalías que pretenden detectarse a partir de la aplicación a una empresa regida por las normas de Derecho Privado, las reglas jurídicas que gobiernan los trámites licitatorios cumplidos por el Estado Nacional y/o sus órganos descentralizados.

Vale decir que a través del D.N.U. N 304/2006 y sus normas ratificadoras se creó una sociedad anónima que reemplazó a otra en

la concesión de un servicio público, con la particularidad de que la mayoría del capital es integrado por el Estado, dando origen a un patrimonio distinto y separado del Estado Nacional.

**Todo ello quedó reflejado en el Acta Constitutiva y los Estatutos Societarios de AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA<sup>15</sup> aprobados en el artículo 3 de dicho**

---

<sup>15</sup> El Acta Constitutiva de AYSA S.A. establece, en lo pertinente:

*ARTICULO 1º- La Sociedad se denomina "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA "(AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.). Se registrá por estos Estatutos y por lo previsto en el Capítulo II, Sección V, Artículos 163 a 307 de la Ley Nº 19.550 (t.o. 1.984).*

ARTICULO 16.- La administración de la Sociedad estará a cargo de un Directorio, designado por la asamblea, compuesto por un mínimo de TRES (3) y un máximo de CINCO (5) Directores Titulares, pudiendo designarse igual número de suplentes, de los cuales CUATRO (4) serán designados por las acciones Clase A y UNO (1) por las acciones Clase B, que durarán TRES (3) ejercicios en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

ARTÍCULO 22.- El Directorio sesionará con la presencia de la mayoría absoluta de los miembros que lo componen y tomará resoluciones por mayoría simple. En caso de empate el Presidente tendrá doble voto.

ARTICULO 25.- El Directorio tiene los más amplios poderes y atribuciones para la organización y administración de la Sociedad, sin otras limitaciones que las que resulten de la ley, el Decreto que constituyó esta Sociedad y el presente Estatuto. Se encuentra facultado para otorgar poderes especiales, conforme al Artículo 1881 del Código Civil y el Artículo 9º del Decreto-Ley Nº 5965/ 63, operar con instituciones de crédito oficiales o privadas, establecer agencias, sucursales y toda otra especie de representación dentro o fuera del país; otorgar a UNA (1) o más personas, poderes judiciales, inclusive para querellar criminalmente, con el objeto y extensión que juzgue conveniente; nombrar gerentes y empleados, fijarles su retribución, removerlos y darles los poderes que estimen convenientes; proponer, aceptar o rechazar los negocios propios del giro ordinario de la Sociedad; someter las cuestiones litigiosas de la Sociedad a la competencia de los tribunales judiciales, arbitrales o administrativos, nacionales o del extranjero, según sea el caso; cumplir y hacer cumplir el Estatuto Social y las normas referidas en el mismo; vigilar el cumplimiento de sus propias resoluciones; y, en general, realizar cuantos más actos se vinculen con el cumplimiento del objeto social. La representación legal de la Sociedad será ejercida indistintamente por el Presidente y el Vicepresidente del Directorio, o sus reemplazantes, quienes podrán absolver posiciones en sede judicial, administrativa o arbitral; ello, sin perjuicio de la facultad del Directorio de autorizar para tales actos a otras personas.

ARTÍCULO 26.- Las remuneraciones de los miembros del Directorio serán fijadas por la Asamblea, debiendo ajustarse a lo dispuesto por el Artículo 261 de la Ley Nº 19.550 (t.o. 1984).

**Decreto, que también dispuso la inscripción de AYSA S.A. ante la INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA y demás Registros Públicos pertinentes (art. 6, Decr. Citado).**

**Como puede observarse, AYSA S.A. tiene un régimen propio que la margina de cualquier juicio de valor que pueda formularse a partir de la aplicación de las normas, principios y procedimientos propios del Estado como tal.**

Los artículos 25 y 27 del Estatuto aprobado legislativamente establecen las facultades del Directorio de AySA (“...los más amplios poderes y atribuciones para la organización y administración de la Sociedad, sin otras limitaciones que resulten de la ley, el Decreto que constituyó esta Sociedad y el presente Estatuto...proponer, aceptar o rechazar los negocios propios del giro ordinario de la Sociedad... “, estableciéndose allí que la representación legal de la sociedad será ejercida indistintamente por el Presidente del Directorio...” y finalmente acerca del alcance de responsabilidad de cada integrante del mismo.

---

ARTÍCULO 27.- El Presidente y el Vicepresidente responderán personal y solidariamente por el mal desempeño de sus funciones. Quedarán exentos de responsabilidad quienes no hubiesen participado en la deliberación o resolución, y quienes habiendo participado en la deliberación o resolución o la conocieron, dejasen constancia escrita de su protesta y diesen noticia a la Comisión Fiscalizadora; conforme a las condiciones del Artículo 274 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1984).

ARTÍCULO 28.- La fiscalización de la Sociedad será ejercida por una Comisión Fiscalizadora compuesta por TRES (3) Síndicos titulares que durarán UN (1) ejercicio en sus funciones. También serán designados TRES (3) Síndicos suplentes que reemplazarán a los titulares en los casos previstos por el Artículo 291 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1984). UN (1) síndico titular y UNO (1) suplente serán designados por los trabajadores sometidos al régimen del Programa de Propiedad Participada (Acciones Clase B). Los Síndicos titulares y suplentes permanecerán en sus cargos hasta tanto se designe a sus reemplazantes. Los síndicos titulares y suplentes correspondientes a las acciones Clase A serán designados por la Asamblea de Accionistas a propuesta de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, conforme a lo prescripto por el artículo 144 de la Ley N° 24.156.

En esta aspecto resulta terminantemente definido de quien es la responsabilidad de ADMINISTRAR (El Directorio) y quien tiene la función de REPRESENTAR (El Presidente o el Vicepresidente del Directorio o quienes este último apodere para tal fin).

Todo ello ha quedado perfectamente explicado a lo largo del debate parlamentario que precedió, en el Honorable Congreso de la Nación la sanción de la legislación a través de la cual se ratificaron los Decreto 304/06 -sobre constitución de Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima- y 373/06, sobre modificación del Decreto 304/06.

**En idéntico sentido se ha pronunciado la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACION en la Resolución N 165/16 (Actuación AGN 329/14)<sup>16</sup>:**

La naturaleza jurídica de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." se encuentra a su vez perfectamente alcanzada

---

<sup>16</sup> “ 3.1 Generalidades: A través del Decreto N° FINANCIERA 304/06, ratificado por Ley 26.100, 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 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)”.

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;**

(...)

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.

ARTÍCULO 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 que 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.**

"AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." paga todos los impuestos provinciales y nacionales del mismo modo que todas las sociedades comerciales regidas por el Derecho Privado.

El control de toda la documentación societaria de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." es efectuado en primer lugar por su Comisión Fiscalizadora y por la Inspección General de Justicia como en el resto de las sociedades comerciales.

Así lo fue, naturalmente, durante todo el desempeño de Carlos Ben como Presidente del Directorio de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.".

Considerar que eran aplicables las leyes administrativas, tanto de obras públicas como de procedimientos administrativos ante una legislación pacífica, específica, precisa y contundente en contra, constituye una verdadera confusión de enfoque legal sobre la normativa aplicable a las sociedades privadas en general y a AySA en particular.

Se trata de un error esencial y dirimente, porque, como lo viene explicando esta Defensa, de dicho desacierto derivan otros mucho más graves, como lo son las calificaciones legales de los hechos investigados y el enfoque de los actos jurídicos reprochados como ilegales sobre la base de un marco jurídico inaplicable al caso.

De igual modo, especialmente en lo que concierne a los actos cumplidos en relación a las obras materia de investigación de la presente causa, la actuación de Ben deriva de su designación como Presidente del Directorio que fuera decidida por los miembros del mismo, en la forma establecida por la Ley de Sociedades Comerciales y por el Estatuto Social de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, motivo por el cual dicho accionar en modo alguno es atribuible a un funcionario público en ejercicio de sus funciones.<sup>17</sup>

Lo cual también es decisivo a la hora de calificar los hechos materia de imputación en esta causa.

---

<sup>17</sup> Conf. Art. 77, Código Penal, dado que este Presidente del Directorio de AYSA no ha sido elegido por voto popular ni actuado, al momento de los hechos investigados en esta causa, designado por autoridad pública alguna, la que se limitó –Decreto 304/06- al inicio de la gestión. Pero que al momento de los hechos investigados en la causa 2007 a 2015 se trató de una actuación funcional derivada de la elección de autoridades de la Asamblea de AYSA S.A.

Situación jurídica de la empresa AYSA que al día de la fecha, por otra parte, se mantiene plenamente.<sup>18</sup>

Y que se encuentra reconocido por las actuales autoridades del Gobierno Nacional, como por caso el Ing. **Pablo José Bereciartua**, Subsecretario de Recursos Hídricos de la Nación.

Dicho testigo manifestó:

a) *“Además soy autoridad de aplicación según el marco de regulatorio que regula la concesión de la empresa AYSA, que es una empresa constituida como una Sociedad Anónima que tiene sus propias autoridades”.*

b) *“fui invitado a participar de la Asamblea de AYSA que designó a las nuevas autoridades de la empresa”.*

c) *“en general las obras de magnitud en particular, como las que aquí mencionamos, tienen habitualmente posibilidad de sufrir modificaciones que hace que se extiendan los plazos, es muy normal que esto ocurra porque hay mucha información que se revela a medida que el proyecto avanza”.*

---

<sup>18</sup> Puede mencionarse la Resolución 920/E/2017 del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, de fecha 24 de noviembre de 2017, mediante la cual se autoriza a AySA a obtener financiamiento por U\$S 1000 millones, a ser canalizado a través de una oferta pública, de obligaciones negociables simples y/o títulos de deuda, a corto, mediano y/o largo plazo, subordinadas o no, con o sin garantía de acuerdo con las leyes 23.576 y 24156, bajo la modalidad de una o más operaciones de crédito, en circulación en cualquier momento durante la vigencia del programa global y /o del contrato de fideicomiso.

Sostener que, **pese a la claridad y contundencia de normas jurídicas vigentes que integran el Derecho Positivo de nuestro país,** el Presidente de AYSA S.A. es –ahora y antes- un funcionario público nacional por el hecho de que uno de los accionistas de esa **SOCIEDAD ANONIMA SUJETA AL DERECHO PRIVADO** es el Estado Nacional, implicaría por caso atribuir la condición de funcionarios públicos a los directivos de las distintas empresas privadas en las que el Estado tiene una participación societaria como consecuencia de la tenencia accionaria proveniente de la estatización de las AFJP.

O, desde otro vértice, por el hecho de resultar empresas concesionarias a cargo de servicios públicos, atribuir la condición de funcionarios públicos a los directivos de TELEFÓNICA DE ARGENTINA, o TELECOM, o EDENOR o EDESUR, o, cuando existía, Aguas Argentinas S.A.

**De lo expuesto en los acápites que anteceden se deriva que los directivos de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." no revisten la condición de funcionarios públicos, no administran ni disponen de recursos públicos, sino de bienes propios de una empresa privada, ni se encuentran alcanzados por la obligación ni el deber de observar el cumplimiento de las normas de contratación que rigen para la Administración Pública Nacional ni las empresas del Estado, lo que debe ser tenido indisputablemente en cuenta a los fines de hacer efectivas responsabilidades legales propias del ejercicio de sus funciones societarias.**

Funcionario público es aquél 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.

Su creación por transformación fue dispuesta por el Estado, pero sus directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, son designados según la normativa de la ley de sociedades y no revisten el carácter de funcionarios públicos, vale decir que ostentan el emplazamiento propio de directivos de una sociedad comercial.

AYSA -tal como ha quedado expresado en el acta transcripta *ut supra* del presente- designa su Directorio y sus Síndicos mediante la celebración de una Asamblea Ordinaria.

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

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

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

**Entonces ¿cómo calificar a CARLOS HUMBERTO BEN como funcionario público en ejercicio de funciones públicas cuando en realidad era un miembro del Directorio de AySA en la que fue designado Presidente del mismo por sus pares?**

**¿Acaso por el hecho de que en el Decreto de constitución de AySA CARLOS HUMBERTO BEN fue designado Presidente de la misma?**

**Naturalmente dicha designación surtió efectos pura y exclusivamente hasta el momento en que, constituido el Directorio, procedió sucesivamente a nominar en los distintos ejercicios a sus autoridades, entre ellas CARLOS BEN, sin modificar en absoluto la condición jurídica que ostenta el Presidente del Directorio de una persona jurídica creada y regida al amparo del Derecho Privado, y al margen de la Administración Pública Nacional.**

**Para terminar de clarificar el status de Carlos Ben se incorporó oportunamente a la causa un certificado de la empresa AySA S.A. que expresamente da cuenta de que se incorporó a la Empresa desde Aguas Argentinas, manteniendo su contrato.**

Tal como lo ha venido exponiendo esta Defensa en la presente causa los supuestos e inexistentes perjuicios que se habrían ocasionado como consecuencia de la licitación y ejecución del contrato de construcción de las obras de la PLANTA POTABILIZADORA JUAN MANUEL DE ROSAS y de la PLANTA DE PRETRATAMIENTO CLOACAL DE BERAZATEGUI en modo alguno han ocasionado un detrimento patrimonial al erario público, ni han sido llevadas a cabo por fun-

cionarios públicos, ni han involucrado manejo alguno de funciones públicas del Estado Nacional.

Dichas erogaciones fueron afrontadas con recursos de AYSA para la construcción de obras que en definitiva han ampliado el patrimonio de AYSA afectado a la prestación de un servicio público esencial.

Estas plantas incorporadas a los servicios han resuelto la problemática sanitaria a millones de personas.

Por ello cobra entidad la necesidad de recalificar los hechos en función del debido encuadre de los mismos según lo establecido en el Código Penal.

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.

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 Cód-

go 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 para distinguir si nos encontramos ante un funcionario público o no.

Si bien habitualmente se ha entendido que están abarcados en la expresión "funcionario público" quienes en concreto "ejercen funciones públicas", ello no autoriza a considerar que cualquier tarea, aun cuando se le adscriba cierta significación institucional de orden público, pueda ser calificada en esos términos.

La participación en, o el ejercicio de, las funciones públicas existe cuando el Estado ha delegado en la persona la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público.

Abundando, es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal –sea por decreto ejecutivo, sea por elección–, de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir" y a "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.

El Estado expresa su voluntad a través de personas físicas que lo integran, de tal forma que esa expresión le es imputable; los funcionarios y los empleados públicos son esos órganos-persona de los cuales el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas –salud, seguridad, educación y justicia–, es decir, de los fines

públicos que le son propios. El funcionario público ostenta ese carácter en virtud de una delegatio, para ejercer las "funciones propias del imperium del Estado.

Lo que caracteriza al funcionario público según el derecho administrativo es: i) que está adscripto a la Administración pública; ii) que tiene una relación de profesionalidad, en el sentido de que cubre un hueco dentro de la Administración. No colabora desde afuera, al contrario de un escribano; iii) que tiene una remuneración; y iv) que tiene un régimen jurídico propio.

Los directivos de AYSA, por ello, no resultan funcionarios públicos.

Sostener lo contrario importaría, además, una interpretación del aludido art. 77 contraria al principio pro homine y a la norma del art. 2º del CPP, pues de todas las interpretaciones posibles se estaría optando por la más perjudicial para la situación procesal del imputado, es decir, una interpretación in malam parte, lo que se encuentra prohibido no solo por nuestra Carta Magna, sino también por los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino, que luego de la reforma constitucional de 1994 y mediante su art. 75, inc. 24, forman parte del "bloque de constitucionalidad".

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

**Finalmente, el hecho de que hipotéticamente se considere que la comitente “AYSA S.A.” sufrió algún perjuicio, el mismo no es necesariamente extrapolable hacia el Estado.**

Ya ha quedado suficientemente demostrado que la ejecución de las obras contratadas **no ocasionó perjuicio real económico alguno para la parte licitante.**

La firma “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” es una empresa concesionaria para la prestación de servicios públicos, es decir, presta el servicio.

Ello no quiere decir que sea “dueña” de los bienes inmuebles –entre los que se encuentran los muebles por accesión- destinados a la prestación del servicio.

Esos bienes quedan definitivamente incorporados al Estado Nacional.

Si el día de mañana, por decisiones de naturaleza política, se decide nuevamente conceder el servicio público hoy a cargo de “AYSA S.A.”, a favor de una empresa privada, los bienes resultantes de las obras investigadas en esta causa quedarán afectados a la prestación del servicio en cuestión, **porque dichas construcciones, máquinas, caños, estructuras, etc. están incorporadas a la propiedad de un Estado, entonces, que de ninguna manera ha sufrido perjuicio alguno, porque no sólo no pagó ningún sobreprecios en términos reales, sino que como consecuencia de tales obras, incorpora a su patrimonio dos plantas de**

**envergadura extraordinaria cuyo valor venal es muy superior incluso a los precios pagados por “AYSA S.A.”**

Tampoco existe un perjuicio del Estado Nacional por los fondos que pudo haber aportado porque los mismos en definitiva se encuentran enmarcados en contratos en función de los cuales “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” oportunamente, con el pago de los servicios de los millones de usuarios agregados, podrá devolver, en el marco de las relaciones obligacionales propias que existen entre el patrimonio de un accionista (en el caso el Estado Nacional) y el patrimonio de la sociedad comercial que integra (“AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”).

**En efecto, el Estado nacional no ha pagado, en forma directa, un solo peso por las obras correspondientes a la Planta Potabilizadora Paraná de las Palmas ni a la PLANTA DE PRETRATAMIENTO CLOACAL DE BERAZATEGUI.**

**El precio de ambas obras fue afrontado por la empresa concesionaria “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, cuyo patrimonio no se identifica con las arcas del Estado Nacional.**

**En efecto, las obras se financiaron, en parte, localmente, mediante un contrato de fideicomiso suscripto entre Nación Fideicomiso SA (fiduciario) y AySA (fideicomitente); este fideicomiso se conformó por fondos provenientes de un préstamo otorgado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y por fondos transferidos por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión**

**Pública y Servicios -MINPLAN-** (como aportes de Capital a la Sociedad: **ver los balances entregados a IGJ, AFIP y otros organismos**). Por su parte, el financiamiento internacional, en este caso, provino de un préstamo otorgado por el Banco Nacional de Desenvolvimento Económico y Social de Brasil (BNDES).

Es la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” y no del accionista de la misma Estado Nacional quien, a la par que se ha beneficiado con obras que integran su activo a la hora de prestar el servicio concesionado, habrá de reembolsar los fondos necesarios para restituir las sumas aplicadas a la construcción de ambas obras.

Básicamente con los ingresos propios que genera la prestación del servicio solventado por los usuarios beneficiados por las obras llevadas a cabo.

Las obras en cuestión fueron contratadas por “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, **para lo cual no ha invertido fondo estatal alguno.**

El pago de las obras se ha llevado y aún se viene verificando a partir de recursos que pertenecen a AYSA como consecuencia de contratos celebrados con otros organismos en el marco de programas de financiamiento, siendo la empresa la obligada a restituir dichos recursos en función de las pautas establecidas en cada uno de los contratos suscriptos al efecto.

**El ANSES, o el Fideicomiso Banco Nación, ostentan a su favor los derechos emergentes de dichos contratos, que son exigi-**

**bles respecto de AYSA, pero en absoluto se han visto perjudicados en su patrimonio por el destino que se ha asignado a los fondos integrantes del financiamiento de las obras.**

Esto es muy importante remarcarlo, **porque en definitiva las obras llevadas a cabo por AYSA pasan a integrar el activo de la empresa destinado a la prestación del servicio público que debe prestar como concesionaria.**

En modo alguno ello puede justificar la hipótesis mantenida por V.S., desde el momento en que los fondos aplicados al pago de las obras pertenecen a AYSA como empresa contratista beneficiaria de las obras construidas, pesando en consecuencia sobre dicha empresa la obligación de restituir en las condiciones pactadas los fondos anticipados mediante aquellos programas de financiamiento.

**El desacertado enfoque que se viene sosteniendo en esta causa, en orden a considerar que los hechos investigados deben ser calificados como delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos y contratistas, no sólo resulta erróneo por lo expuesto precedentemente.**

A ello cabe agregar que el financiamiento de las obras referidas en el epígrafe se llevó a cabo con fondos integrantes del activo de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", los que fueron obtenidos por dicha sociedad anónima a través de contratos que celebró con instituciones oficiales, lo que en modo alguno modifica la naturaleza jurídica de los fondos así aplicados, los que, reiteramos, son de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." y no del Estado Nacional.

Es que aquellas obras fueron solventadas con fondos provenientes de las siguientes operaciones de financiamiento:

El 3 de diciembre de 2007 se firmó un contrato de mutuo con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) por un financiamiento de ochocientos noventa millones de pesos (\$ 890.000.000) para ser aplicados a las obras Planta Paraná de las Palmas y Planta Berazategui.

Dichos fondos fueron depositados en una cuenta específica de "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A." en el Banco de la Nación Argentina, en una imposición que permitió la capitalización de los correspondientes intereses y, de ese modo, la ampliación de los fondos disponibles para dicho fin.

Se trata de un financiamiento en pesos, a un plazo de diez (10) años incluyendo dos (2) años de gracia para el capital e intereses, a un costo financiero equivalente a la tasa BADLAR más 300 bp.

El total del financiamiento ANSES fue para ser aplicado a la ejecución de las Obras Planta Paraná de las Palmas y Berazategui.

**El día 10 de noviembre de 2008 se firmó el Contrato de Fideicomiso de Administración entre AySA y Nación Fideicomisos S.A. para la administración de los fondos destinados a la ejecución de las Obras Planta Paraná de las Palmas y Planta Berazategui.**

Los fondos del financiamiento BNDES no se canalizan

a través del Fideicomiso, sólo se registran para llevar un control global de las obras, tal como sucede en la actualidad con el financiamiento brindado a través de la Obligaciones Negociables-.

El financiamiento BNDES está enmarcado en el Convenio de Crédito Recíproco de ALADI (CCR) y con la cobertura del seguro de crédito a las exportaciones ofrecido por Brasil a través de la Secretaría de Asuntos Internacionales del Ministerio de Hacienda.

Para poder operar en el marco del CCR requerido por el financiamiento BNDES, AySA debió solicitar la apertura de Cartas de Crédito en el Banco de la Nación Argentina (para bienes y para servicios).

A través de Resolución 4169 del Banco de la Nación Argentina, con fecha 4 de Diciembre de 2008, dicha entidad dispuso acordar la apertura de la carta de crédito de importación sobre bienes y servicios de origen brasileño enmarcado en el Financiamiento del Banco Nacional de Desarrollo de Brasil (BNDES) para la ejecución de las obra Planta Paraná de las Palmas.

De ese modo queda evidenciado el desacierto incurrido por V.S. en el decisorio apelado.

**V. 11. Los actos cumplidos a lo largo de ocho años por parte de los distintos órganos de la empresa “AYSA S.A.” y la responsabilidad penal de un miembro del Directorio y de tres empleados jerárquicos de la firma.**

**V. 11. 1.** V.S. dispuso elevar a juicio la causa respecto de uno de los cinco miembros del Directorio de “AYSA S.A.” y de tres empleados jerárquicos de esa firma, en la convicción de que los mismos, por sí y ante sí, determinaron el desempeño de toda aquella empresa (de miles de empleados), ante la pasividad y el silencio no sólo de todos sus restantes integrantes, sino de los órganos de fiscalización de la empresa, tanto internos como externos.

De esa manera consagra una solución absolutamente incompatible con toda lógica.

Lo hace del siguiente modo:

*“A cada uno de los funcionarios de la firma AYSA se les atribuye el haber intervenido en las licitaciones públicas para la construcción de la Planta Potabilizadora Paraná de las Palmas y de la Planta Depuradora de Berazategui. Sostuvieron que el comportamiento desarrollado desde el ejercicio de sus competencias específicas tuvo como objeto direccionar los mencionados procesos con un fin contrario al interés general”.*

**V. 11. 2.** Ello es absolutamente desacertado.

En estos obrados existen cientos de constancias que revelan de qué forma funcionaba, al momento de los hechos investigados –tal como lo hace actualmente-, la razón social “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Específicamente en lo que concierne al desarrollo de de sus trámites licitatorios y en la adopción y ejecución de cada uno de los actos llevados a cabo durante el cumplimiento de los contratos de obra.

V.S. ha tenido acceso a las normas y cláusulas que hacen a la organización y funcionamiento de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Por ende conoce perfectamente que “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” tiene un Directorio, una Comisión Fiscalizadora, una Asamblea de accionistas, y que su propia envergadura y cantidad de usuarios, como asimismo la magnitud de sus obras<sup>19</sup>, exigen que las decisiones de esa empresa –a cargo del Directorio- sean tomadas sobre la base de los dictámenes de las áreas técnicas entre las que se dividen las distintas funciones de aquella concesionaria de servicios públicos.

O sea, “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” no era, ni es actualmente, una “pequeña empresa” donde su “dueño” (el Presidente del Directorio o un Gerente) puede, por sí y ante sí, disponer qué se paga, qué se certifica, qué precio máximo se puede abonar por un servicio o por una obra, a quien se contrata, cómo se “reanudan” los pagos, etc.

AYSA S.A., al momento de los hechos, tenía más de CUATRO MIL AGENTES DE DISTINTAS FUNCIONES Y EMPLEA-

---

<sup>19</sup> Basta acceder al sitio oficial de la empresa AYSA S.A. para confirmar que de su funcionamiento depende que más de 14 millones de personas tengan acceso a los servicios a su cargo, en una concesión que se extiende por más de tres mil trescientos kilómetros cuadrados, cubriendo la Ciudad de Buenos Aires y 26 Partidos del Conurbano bonaerense.

DOS organizados en diversas áreas, muchas de las cuales se comprometieron no sólo en el diseño de los documentos licitatorios (a través de aportes científicos desde el punto de vista de la Ingeniería, la Arquitectura, el Ambiente, las Ciencias Económicas, el Derecho), sino también en las diversas secuencias de las ejecuciones de los contratos.

La totalidad de los actos cuestionados por las partes acusadoras precisamente se conectan con actuaciones cumplidas en las áreas competentes, dado que en definitiva el diseño técnico de las obras, la utilidad de determinadas cláusulas contractuales, la viabilidad de las mejoras de ofertas, los materiales empleados, la necesidad de efectuar modificaciones a los proyectos originales, las certificaciones de avances de obras, el análisis sobre las demoras en las ejecuciones de las mismas, las redeterminaciones de costos, etc. **son todas cuestiones de índole técnica que naturalmente quedaron bajo la competencia de las áreas específicas, en cuya labor el Dr. BEN no intervino ni debía intervenir, como tampoco intervino el Directorio en pleno, ni a través de ninguno de sus integrantes.**

**Por ello resulta totalmente disparatado vincular supuestos pagos que aparecen documentados en otra causa donde se investiga otra obra de ODEBRECHT, ajena a “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, con tales o cuales actos de ejecución de los contratos, cuya ejecución obedeció al trámite regular de los mismos, según aparece documentado en actas, adendas, constataciones, inspecciones, etc.**

De allí que resulte incongruente sostener que actos licitatorios, como actuaciones propias de ejecución de sendos contratos, llevados a cabo entre 2007 y 2015 –o sea más de ocho años-, resultan del obrar de uno de los miembros del Directorio de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” (delito imposible, dado que él sólo no puede adoptar decisiones que son competencia del Directorio, cuyas medidas se adoptan por votación de sus integrantes, no por imposición de su Presidente), con el concurso de cuatro responsables de algunas de las áreas de la empresa, cuando la totalidad de esos actos tampoco pueden ser atribuidos en forma personal a los mismos, en la medida en que, repito, esas decisiones sólo se adoptan una vez que previamente se encuentren cumplidas las etapas técnicas previas del caso, en cuya elaboración de ninguna manera pueden intervenir ni incidir aquellos, precisamente por tratarse de cuestiones de naturaleza técnica ajenas al manejo del Directorio de la empresa.

Pese a todo ello V.S. atribuye al Doctor BEN la condición de “Presidente de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” y, por ende, “único responsable” –más allá de las imputaciones dirigidas contra cuatro agentes jerárquicos de la firma- de todas las irregularidades que pretenden explicarse como sustento del requerimiento de elevación de la presente causa a juicio.

**Para el decisorio en crisis BEN es el “Presidente de AYSA”, algo así como el dueño de la empresa, o bien aquél quien con su sola firma puede obligar a la empresa, negociar contratos, hacer pagos, redeterminar precios, certificar avances de obra.**

**Eso sólo puede sostenerse a partir de un absoluto apartamiento de las normas aplicables en la materia, no sólo sobre el funcionamiento de AYSA, sino sobre la constitución, organización y desempeño de cualquier SOCIEDAD ANÓNIMA.**

Es bien sabido por V.S. que una sociedad anónima tiene básicamente dos órganos esenciales que hacen a su gobierno y administración (Asamblea de accionistas y Directorio), y que las funciones de administración recaen centralmente en un Directorio que es un órgano plural cuyas decisiones se adoptan a través de votaciones donde sus integrantes, previa deliberación, resuelven por mayoría de opiniones, **sin que el Presidente del Directorio tenga un derecho superior al de sus pares, ni la facultad de vetar las decisiones que por mayoría de adopten.**

En efecto, se ha mantenido el criterio sostenido desde el inicio por el cual se otorga preeminencia a los actos de representación llevados a cabo por mi defendido, por encima y soslayando los concretos actos jurídicos válidamente otorgados por los órganos de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”.

Es decir, en el decisorio apelado no se han analizado los actos y procedimientos que dieron lugar a tales decisiones (aprobaciones del DIRECTORIO Y COMISIÓN FISCALIZADORA), sino que se ha enfocado en forma exclusiva los actos de representación, y marginándose “**ex professo**”, a quienes deciden y administran, omitiendo toda consideración –en la determinación de responsabilidades de los hechos investigados– a los autores de *los informes técnicos, económicos, financieros, como las resoluciones del Directorio y Comisión Fiscalizadora*, que son los únicos

que la ley reconoce como válidos para alcanzar los resultados supuestamente “espúreos” y que en esta causa se consideran como irregulares.

Resulta entonces arbitrario el criterio seguido en el auto de elevación de la causa a juicio al desconocer que, tal como ha quedado documentado en el caso, **Carlos Ben no tenía competencia para adoptar las decisiones cuestionadas en la causa, limitándose su función a la de participar en las deliberaciones y votaciones del Directorio –en pie de igualdad con sus pares- y suscribir en representación de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” los actos otorgados por los órganos competentes.**

Algo que resulta dirimente, puesto que de conformidad a las normas que rigen el funcionamiento de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, las resoluciones del Directorio son adoptadas sobre la base de los análisis técnicos de Inspección de Obra, Dirección de Planificación, informes económicos de la Dirección Económico – Financiera y demás profesionales y organización involucrados, limitándose las funciones y responsabilidades del Presidente del Directorio (Carlos BEN o, luego, el Ing. INGLESE) a otorgar los actos **en cumplimiento de lo resuelto por el Directorio.**

**Al paso, cabe interrogarse de qué modo puede mantenerse el razonamiento seguido en esta causa, en el sentido de que las adendas suscriptas por BEN eran el resultado de algún beneficio económico, cuando tras verificarse el cese de las funciones de mi defendido, quien lo ha reemplazado (el Ing. INGLESE) continuó firman-**

**do instrumentos similares con las mismas empresas sin que jamás haya sido siquiera citado en esta causa para brindar explicación alguna.**

**Resulta muy llamativo que CARLOS BEN se encuentre alcanzado por un auto de elevación a juicio por firmar adendas de los contratos examinados en esta causa, y no haya ocurrido lo propio con el Ing. INGLESE, quien en idénticas condiciones que el Dr. BEN suscribió la Adenda n° 12, llamativamente marginada de todo cuestionamiento por parte de los acusadores, inclusive el señor Fiscalen.**

Ya ha sido dicho, reiteradamente, que son los actos del Directorio y de la Comisión Fiscalizadora los únicos verdaderamente válidos para las decisiones que los acusadores consideran emitidas “a cambio” de un beneficio económico proveniente de un acuerdo espúreo.

**Sin ellos, o sea sin la decisión adoptada en reuniones del Directorio documentadas en Actas que se encuentran anexadas a esta causa, no habría posibilidad alguna de que el Presidente del Directorio de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” (hasta 2015, Carlos Ben, desde 2016, José Luis Inglese) pudieran suscribir contratos, addendas, redeterminaciones de precios, etc.**

¿De qué forma puede imaginarse que BEN y los restantes coimputados de la causa que se desempeñaron en “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” pudieron haber logrado el cumplimiento de aquél circuito administrativo, adjudicándose luego en exclusividad los supuestos e inexistentes beneficios económicos provenientes de las adjudicatarias?

Obsérvese que en ningún estadio de la presente causa se conjeturó siquiera sobre el modo en que BEN pudo haber ejercido una inexistente e indebida injerencia en las decisiones de los pares del Directorio, entre los que se encuentra, por caso, **el máximo responsable del gremio de trabajadores de AYSA S.A.**

**Las Actas suscriptas por el Directorio y la Comisión Fiscalizadora adjudicando los contratos, aprobando el financiamiento, aprobando las addendas que ampliaban las obras y los contratos, así como las redeterminaciones de precios, los nuevos planes de trabajo y las ampliaciones de plazo que estos juzgados, pretenden ser transformadas como actos unipersonales de Carlos Ben, sin ningún documento, prueba o testimonio que siquiera lo relacione.**

Dicho razonamiento seguido por el Juzgador y por las partes acusadoras deviene en una ineludible afectación de las garantías, lo que expresa una **arbitrariedad** verdaderamente lesiva.

Lo que en los hechos puede comprobarse teniendo a la vista la prueba producida en esta causa, puntualmente las actas que documentan las **deliberaciones y decisiones** tanto del **Directorio de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”** como de su **Comisión Fiscalizadora**.

Resulta entonces arbitrario el criterio seguido por las partes acusadoras al desconocer que, tal como ha quedado documentado en el caso, **Carlos Ben no tenía competencia para adoptar las decisiones cuestionadas en la causa, limitándose su función a la de participar en las deliberaciones y votaciones del Directorio –en pie de igualdad con**

**sus pares- y suscribir en representación de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” los actos otorgados por los órganos competentes.**

Traigo a colación aquí la vigencia del **art. 16 de la Constitución que reconoce un derecho natural, EL DE IGUALDAD ANTE LA LEY.**

Cabe entonces interrogarse: o bien la hipotética trama delictiva continuó con otros protagonistas, o bien tales actos no constituyen delito.

Nos hallamos entonces ante una resolución *contra legem*, en tanto V.S. ha resuelto el caso desconociendo el texto de la ley 26.100 (ver artículo 25), precepto que encomienda la **administración** de la sociedad a un Directorio de 5 miembros y el control a la Comisión Fiscalizadora de 3 miembros.

Por ello no resulta acertado que V.S. haya atribuido incidencia en el desarrollo de los hechos calificados como delictivos a la emisión del requerimiento de contratación, al acto de apertura de los sobres, o a la firma de los contratos y addendas, **pasando por alto que dichos actos formales no fueron sino la consecuencia directa e inmediata de acciones y procedimientos adoptados por distintas áreas de “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, cuyos responsables sin embargo no han merecido ningún tipo de reproche penal.**

**V. 12. El circuito de los pagos ilegales atribuidos a las contratistas según manifestaciones y documentos provenientes de**

**personas que no pueden ni deben ser tenidas como testigos de los hechos investigados en esta causa.**

V. 12. 1. En el auto apelado V.S. se aferra al relato efectuado por el Sr. Fiscal sobre el modo en que se habrían efectuado los “pagos indebidos” mediante los cuales se habría consumado, según el auto apelado, el delito de cohecho atribuido a mi defendido.

Dicho circuito aparece alimentado por manifestaciones de personas (más allá de la loable condición de periodistas que los mismos ostentan) que NO SON TESTIGOS de hechos investigados en esta causa, como tampoco son pruebas válidas los documentos –cuya validez y autenticidad se desconocen- aportados por dicha vía.

V. 12. 2. En efecto, V.S. se ha apoyado en manifestaciones de “empresarios” brindadas fuera del país, introducidas a este proceso a través de los “testimonios” de periodistas que fueron citados en esta causa a prestar “declaración testimonial”.

Tales manifestaciones de ninguna manera pueden ser empleadas como medio probatorio para abastecer los requerimientos materia de traslado.

Un año atrás, en agosto de 2019, en ocasión de confirmar el procesamiento pronunciado por V.S. en orden al delito de cohecho, la Sala I de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones resolvió:

*“la existencia del acuerdo de compromiso de especialidad y de limitación del uso de la prueba enviado por la Secretaría de Cooperación Internacio-*

*nal del Ministerio Público de la República Federativa del Brasil, en relación a las investigaciones llevadas a cabo en los llamados casos “Odebrecht” y “Lava Jato”, a fin de intercambiar información judicial sobre los procesos seguidos en este país relativos a dicha empresa conocidos como “Soterramiento del Tren Sarmiento”, “AySA” y “Gasoductos... despeja el camino de los fiscales y sirve como una herramienta puesta a su disposición para que, previa suscripción al mismo en cada caso en particular, tengan la posibilidad de acceder en sus investigaciones a las informaciones y pruebas reveladas en Brasil por las personas que decidieron colaborar con las pesquisas de ese país a través de acuerdos de lenidad o de declaración premiada”.*

*Agregando que “corresponde al Fiscal Federico Delgado, imprimir la celeridad que el presente caso exige a fin de definitivamente obtener toda la prueba obrante en el mentado país vecino con miras a su efectiva incorporación al debate”.*

Al día de la fecha no se encuentra plasmado en estos obrados, ni se ha tomado siquiera noticia por ninguna otra vía disponible, la realización de **una sola diligencia** por parte del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL orientada a **observar el cumplimiento de lo dispuesto por la Excma. Cámara.**

Ello pese a que con posterioridad al fallo de la Excma. Cámara se suscribió un acuerdo entre la Argentina y Brasil, sobre dicha materia.

La única noticia que tenemos sobre aquella diligencia procesal ordenada por la Alzada es la mención efectuada sobre el particular

en el requerimiento de elevación a juicio, donde el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL se limitó a señalar lo siguiente:

*“No obstante, acceder a esa información de manera directa, sencilla y eficaz hasta el momento no fue posible (y no depende de una fiscalía de primera instancia)”.*

Cabe efectuar varias consideraciones sobre el particular: primero, en autos no se encuentra probada aquella “imposibilidad”.

En segundo lugar, si el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Alzada efectivamente no era posible para “una Fiscalía”, lo así decidido por un órgano jurisdiccional debió haber sido impugnado por el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL a través de los recursos disponibles, tal como esta Defensa impugnó la confirmación del procesamiento a través de un temperamento recursivo aún no concluido desde el momento en que la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado definitivamente sobre aquella confirmación.

Y en tercer lugar, resulta muy llamativo que ni el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, ni la OFICINA ANTICORRUPCIÓN ni la Unidad de Información Financiera hayan evidenciado, a través de actos procesales concretos, ningún interés en que –cumpliéndose lo ordenado por la Excma. Cámara- sea válidamente incorporada a este proceso una prueba a la que, no obstante, esas mismas partes acusadoras se aferran para sustentar sus requerimientos.

Entonces la acción penal promovida respecto de mi defendido no puede sustentarse en la “prueba testimonial” invocada por los

acusadores en tanto a la fecha no se ha cumplimentado una orden expresa de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones, temperamento procesal del que no puede resultar un requerimiento de elevación a juicio válido.

Tampoco tiene valor testimonial los dichos de los distinguidos periodistas que comparecieron en autos.

Sus dichos no responden a hechos percibidos por los sentidos de dichos periodistas, sino a hechos supuestamente constatados por terceros, según los relatos efectuados a los mismos, que, en principio, habrían volcado a esta causa en forma fiel.

Entonces, si el periodista es sospechado de haber cometido un delito, sus dichos serán valorados en el marco de una declaración indagatoria.

Si, por caso, el periodista presencié por sus sentidos los hechos investigados (no la referencia de los hechos investigados formulados por terceros), será un testigo de aquellos hechos.

Si, en cambio, el periodista refiere en su declaración que vio o escuchó lo que otras personas dijeron sobre determinados hechos que sí resultan objeto de investigación en una causa penal, obviamente ese periodista no será testigo de estos últimos hechos.

Un ejemplo bastante notorio de lo dicho lo constituye el periodista CABOT en relación a la denominada “causa de los cuadernos”. Ese periodista inicialmente afirmó que los cuadernos habían sido

quemados, que no existían más. Lo dijo una y mil veces, fue citado a declarar “como testigo”, y así lo repitió.

Hasta el momento en que algunos de los célebres cuadernos apareció, oportunidad en la cual se desdijo y sostuvo, obviamente, lo contrario.

¿Incurrió en falso testimonio CABOT?

No, porque no declaró como testigo de tales hechos, declaró aquello que le dijeron, del mismo modo que los periodistas mencionados en los requerimientos de elevación a juicio hicieron referencia a dichos de terceros, que, por tanto no pueden ser tomados válidamente como PRUEBA TESTIMONIAL.

Resulta, entonces, a todas luces arbitrario que, como lo sostiene V.S., se califiquen como prueba testimonial los dichos de sendos periodistas en esta causa, en tanto se limitan a relatar manifestaciones que habrían dicho empresarios fuera del país, es decir testigos “de oídas”, sin valor probatorio alguno.

Los trascendidos periodísticos (sobre todo de las notas del Dr. Alconada Mon) relativos a los dichos del ciudadano brasileño Luiz Antonio Mameri son empleados por el Fiscal y los querellantes para tener por acreditado el pago de dádivas a “funcionarios argentinos”.

A partir de ese entendimiento, las contrapartes sostuvieron que esos pagos ilegales existieron porque de no ser cierto lo expli-

cado por MAMERI el acuerdo celebrado por esa persona caería en su perjuicio con la amenaza de severas penas en su contra.

Nadie, sin embargo, analizó seriamente los dichos atribuidos a Mameri.

A raíz de una nota del periodista Dr. Hugo Alconada Mon, publicada en La Nación del 6/8/2017, titulada “*En la Argentina, Odebrecht pagó más coimas que las que confesó en EEUU*”, agregada a fs. 1088/1089, el fiscal Delgado lo citó a prestar declaración testimonial, que se agrega a fs. 1094/1095.

El destacado periodista se refiere a sus averiguaciones particulares que le permitieron obtener copias (*en forma totalmente extraoficial*), de las grabaciones de las delaciones premiadas de los funcionarios brasileños de Odebrecht, Luiz Antonio Mameri (ex vicepresidente para América Latina de Odebrecht, sobre el proyecto Paraná de las Palmas) y de Marcio Faria, sobre sistemas troncales de gasoductos (sus dichos no aportan información con relación a los hechos de esta causa).

**Ello no tiene ningún sustento jurídico ni probatorio, pero de todas formas es importante remarcar que en esas atestaciones del periodista ALCONADA MON no existe ninguna mención al Dr. BEN ni a la empresa “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”**

Aún así, de ninguna manera puede ser admitido que la versión periodística de los dichos de un tercero de modo alguno puede ser

una prueba directa de hechos que en esta causa no aparecen demostrados por ningún otro elemento de prueba complementario.

No puede atribuirse seriamente a los periodistas que declararon en la causa la condición de TESTIGOS de hechos que ellos NO PRESENCIARON; sólo pueden dar fe de aquello que han escuchado, pero que de ninguna manera puede constituir una prueba directa, per se suficiente para la demostración de extremos fácticos en este proceso.

Testigo, en rigor de verdad, es "la persona física, distinta de los sujetos de la relación procesal, que, con finalidad probatoria, declara ante el juez, positiva o negativamente, sobre modificaciones en el mundo exterior que pudieran haber sido percibidas por intermedio de cualquiera de sus sentidos"<sup>20</sup>; "persona distinta de los sujetos procesales, llamada a exponer al juez sus propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito"<sup>21</sup>; "persona distinta de los sujetos principales del proceso que presta declaración de verdad, positiva o negativa, ante el magistrado, sobre percepciones sensoriales percibidas fuera del proceso, relativa a un hecho pasado y dirigida a la finalidad de la prueba, o sea, el acercamiento de la verdad"<sup>22</sup>; "persona que comprueba, con sus propios sentidos, un hecho del que no participa y, que refiere las percepciones habidas, con el fin de probar la verdad del hecho percibido"<sup>23</sup>; "persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído

---

<sup>20</sup> Oderigo, M., "Derecho Procesal Penal", t. I, p. 270.

<sup>21</sup> Chiovenda, "Principios del Derecho Procesal Civil", t. II, p. 306.

<sup>22</sup> Manzini, V., "Trattato di diritto processuale...", t. III, p. 183.

<sup>23</sup> Rossi, "Testimoni e prova testimoniale", en "Digesto italiano", t. XXIII, parte 1ª, p. 1032.

bajo el dominio de sus sentidos"<sup>24</sup>; "persona llamada al proceso a declarar lo que conoce en torno a los hechos por los cuales se procede"<sup>25</sup>; "persona llamada a declarar en el proceso lo que sabe sobre el objeto del mismo, con fines de prueba"<sup>26</sup>.

Jauchen explica que en cuanto al hecho investigado, "*...el de oídas no es propiamente una prueba; es sólo prueba de la prueba de los hechos*", cuyo valor es siempre débil, como desprovisto de las garantías judiciales. Agrega el autor que en el proceso estadounidense existen limitaciones muy severas en cuanto a la admisibilidad del testimonio acerca de lo que el testigo escuchó decir a un tercero<sup>27</sup>.

La jurisprudencia nacional se ha expedido en tal sentido, con respaldo doctrinario unánime<sup>28</sup>.

### **V. 13. Las constancias obrantes en la causa 9608/2018 de trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal número 11.**

---

<sup>24</sup> Alsina, "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. II, p. 395.

<sup>25</sup> Sabatini, "Instituzioni di diritto processuale penale", p. 237.

<sup>26</sup> Florián, Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal", p. 343; íd. Oderigo, "Derecho Procesal Penal", p. 270, nota de pie 322.

<sup>27</sup> Jauchen, ob. cit., p. 289, con cita de Framarino de Malatesta, "Lógica de las pruebas en materia criminal". Alejandro Carrió, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", Bs. As., 1989, Ed. EUDEBA, p. 126).

<sup>28</sup> Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, sala Iª, "Díaz, Jorge Antonio c. ASTRAFO S.A.I.C." del 05/06/2000, LexisNexis, doc. 15.9204; íd. C. Apel. CC Concordia, sala III, 20/2/19995 - Demichelis, Félix c. Maidana, Gregoria A. y otros; LA LEY, 1996-B, 632; íd. C 2º La Plata, sala I, 11/6/19993, - M., F. J. c. G. S., E. I. y otros; LLBA, 1994-574 y la copiosa jurisprudencia citada por Jorge L. KIELMANOVICH, "Teoría de la prueba y medios probatorios", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, ps. 259/261.

V. 13. 1. Pretende valerse V.S., en el auto apelado, de constancias obrantes en otros expedientes judiciales; así sostiene puntualmente que:

*“Los acusadores afirmaron que no puede perderse de vista lo señalado por la Sala I de la Cámara del Fuero, en el marco de la causa N° 9.608/18 del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 (actualmente elevada a juicio), de donde puede leerse extractos de la declaración de Ernesto Clarens, lo que “es ilustrativo de una dinámica que encaja a la perfección e indiciariamente no puede dejar de ser considerado. Las referencias a los imputados arrepentidos en aquellas coinciden con las irregularidades apuntadas en el auto de procesamiento dictado en esta causa meses atrás: cartelización, repartos de contratos, anticipos financieros y ampliaciones. Otro tanto ocurre con la metodología de las fórmulas de redeterminación de precios (terminó por imponerse aquella propuesta por la empresa oferente en oposición al régimen del Decreto 1295/02)”.*

V. 13. 2. Se hace puntualmente mención a la declaración del arrepentido Ernesto Clarens en otra causa, la identificada bajo el número 9608/2018/174, sin advertir que dicha persona se refiere a hechos acaecidos en orden a la actuación de la Cámara Argentina de Empresas Viales, que no tiene nada que ver con las obras materia de la presente investigación, ni mucho menos con el Dr. BEN, ni con los hechos que a él se le atribuyen.

**Se ha acompañado a esta causa copia íntegra de la resolución dictada por el señor Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal número 11**

**donde se tienen por cumplidas las obligaciones contraídas por todos los imputados colaboradores que declararon en la causa 9608/2018 y sus conexas. Incluido el señor CLARENS.**

**SURGE DE ESA PROLONGADA RESOLUCIÓN DE FECHA 5 DE SEPTIEMBRE DE 2019 LA TOTALIDAD DE LOS DICHOS DE LOS “ARREPENTIDOS” QUE EL MAGISTRADO COMPETENTE HA CONSIDERADO VEROSÍMILMENTE DEMOSTRADAS (EN FUNCIÓN DEL ESTADO DE ESA CAUSA).**

**ALLÍ NO EXISTE LA MENOR ALUSIÓN NI AL DR. BEN, NI A LA EMPRESA AYSA, NI A NINGUNA DE LAS OBRAS DE DICHA FIRMA QUE SON INVESTIGADAS EN LA CAUSA.**

“AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” tuvo a su cargo, en lo que aquí interesa, dos obras muy importantes desde el punto de vista del sistema sanitario en la zona de la concesión a cargo de dicha empresa; ésta, no tiene nada que ver con las concesiones viales.

La alusión que se efectúa en el decisorio apelado revela el grado de confusión y desacierto que exhibe el razonamiento seguido por V.S.

Pero, en consonancia con lo expresado párrafos atrás, lo que evidencia semejante despropósito argumental es que frente a la completa, total y absoluta inexistencia de elementos probatorios incriminantes hacia el Dr. BEN se busque **cualquier dato, ya no de esta causa,**

**con el fin de edificar algún elemento de cargo que permita justificar la prosecución del sometimiento de mi defendido a este proceso.**

Lo expuesto lo es sin perjuicio de la arbitrariedad que ostenta la intención de incorporar como prueba de este proceso, aún en forma de indicio, a declaraciones de imputados en otros procesos, lo cual resulta a todas luces inaceptable.

**V. 14. El delito de administración fraudulenta atribuido al Dr. Ben.**

**V. 14. 1.** Sobre la base de los elementos que han sido puntualmente rebatidos en los apartados que anteceden, V.S. termina estableciendo en el auto de elevación a juicio que:

*“Los funcionarios de AySA deberán responder como coautores en orden al delito por el cual ya resultaren procesados, en virtud de su calidad de representantes de la Administración Pública y con la consecuyente autoridad y poder de decisión que les fue otorgada para la materialización de estas obras y velar por los intereses del Estado (artículo 45 del CPN). Es decir, son coautores de la administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública Carlos Ben, Oscar Biancuzzo, Carlos Di Somma, Carlos Donnoli y Antonio Caucino”.*

**V. 14. 2.** Semejante imputación se encuentra desprovista de todo fundamento jurídico, fáctico y probatorio.

Es que no existe ningún elemento de prueba que permita sostener, aún en este estadio del proceso, la existencia de elementos probatorios que abastezcan la imputación dirigida contra mi defendido.

El delito de administración fraudulenta, en sus dos formas —el abuso y la infidelidad defraudatoria— ofrece un corpus estructurado por un querer determinado del autor: el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o de causar daño.<sup>29</sup>

Se trata de un delito doloso, y requiere el conocimiento de que en forma perjudicial se excede la facultad de que se dispone para actuar patrimonialmente por otro.

El tipo penal de la administración fraudulenta exige, además, una acción dirigida para lograr un lucro indebido (para el autor o un tercero), o para dañar el patrimonio de la víctima.

No hay culpabilidad típica, en la acción de quien la ha emprendido sabiendo que viola sus deberes y que de ella puede resultar daño, si no quiere expresamente causarlo<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> CARRERA, Daniel Pablo, "Administración Fraudulenta", 2da. Ed, Astrea, Bs. As., 2002, p. 139; MILLAN, Alberto S., "Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados", 2da. Ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 52; NUÑEZ, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", 2da. Ed. —Actualiz. por Víctor F. Reinaldi—, Lerner, Córdoba, 1999, p. 236; CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", 5ta. Ed. Astrea, Bs. As., 1996, p. 524, BUOMPADRE, Jorge E., "Delitos contra la propiedad", Ed. Mave, Corrientes, 1998, p. 219.

<sup>30</sup> CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", cit, p. 524, BUOMPADRE, Jorge E., "Delitos contra la propiedad", cit., p. 219; . Conf. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, en la causa "Bianco, Carlos Alberto y otro" - 16/05/2007, La Ley Online.

Dice CREUS "tales direcciones del elemento subjetivo indican la exclusividad del dolo directo... no hay culpabilidad típica en la acción de quien la ha emprendido sabiendo que viola sus deberes y que de ella puede resultar daño, si no quiere expresamente causarlo".<sup>31</sup>

En el tipo abordado, el dolo eventual equivale a la adopción de un riesgo empresarial fuera de lo común, o con exceso de las facultades propias y hasta en el marco de un incumplimiento de las funciones de administración; pero sin querer directamente la causación de un daño. Por las especiales características del tipo, esta conducta quedará enmarcada en una mala administración, o una gestión temeraria o imprudente, pero exenta de reproche penal.

También se requiere del autor del delito de la voluntad de perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente a su titular.

En la administración fraudulenta, además del dolo dirigido a perjudicar los intereses confiados u obligarlos abusivamente, el accionar se encuentra dirigido por una finalidad legalmente reconocida: el logro de un lucro indebido para sí o para terceros, o la causación de daño.

Se trata de un querer determinado del autor, que la norma fija para la existencia de delito penal, sin perjuicio de las sanciones administrativas o civiles que pueda acarrear la mala administración.

Si bien el núcleo de la defraudación prevista en el art. 173 inc. 7° del Cód. Penal se apoya en un accionar administrativo cuestionable, la acción básica no se agota con esta comprobación, pues la norma

---

<sup>31</sup> "Derecho Penal. Parte especial", t. I, p. 520/1.

legal requiere, como condición típica el propósito de lucro o daño en la conducta del agente, de manera que si esta finalidad permanece imperceptible, la gestión administrativa no podrá ser pasible de encuadramiento penal aunque haya sido signada por la ineficiencia, la arbitrariedad y el desorden contable.<sup>32</sup>

El elemento subjetivo evita la incriminación del simple incumplimiento de obligaciones funcionales. De esta forma, se limita la norma penal a su verdadera función sancionadora ante la existencia de delito, excluyendo de su ámbito de actuación las consecuencias civiles, administrativas, o de cualquier otra característica extrapenal.<sup>33</sup>

Resulta evidente entonces que el Derecho Penal busca sancionar con el tipo del art. 173 inc. 7 a aquel administrador infiel cuyo objetivo al actuar ha sido la afectación del bien jurídico protegido, sabiendo y queriendo la producción del menoscabo patrimonial, con la obtención de lucro o daño.

Se trata de un delito especial propio, del cual sólo puede ser autor quien se encuentre en alguna de las relaciones previstas por la norma respecto del patrimonio ajeno. El tipo objetivo requiere, además, una violación de los deberes del agente, cuyos resultados pueden ser la producción de un perjuicio a los intereses del titular del patrimonio, o bien una

---

<sup>32</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV - 26/08/1997 - Di Lello, Jorge D. - LA LEY 1998-C, 883 - Cita Online: AR/JUR/885/1997.

<sup>33</sup> CARRERA, Daniel Pablo, "Administración Fraudulenta", cit, p. 140; BUOMPADRE, Jorge E., "Delitos contra la propiedad", Mave, Corrientes, 1998, p. 219; DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, "Delitos contra la propiedad", editorial universidad, Bs. As.

obligación abusiva para éste. En el aspecto subjetivo, al dolo se agrega el especial designio de procurar un lucro indebido para sí o para terceros, o causar daño.

De otro lado, siguiendo la doctrina emanada de la Corte Suprema de la Nación en el precedente "Pompas", el Tribunal se enrola en la posición según la cual la administración conforma un concepto jurídico que si bien resulta en sí indivisible, admite un conjunto de hechos y actos jurídicos que pueden estar constituidos por distintas acciones de infidelidad cometidas por cada imputado a lo largo de su mandato, que no multiplican el delito sino que son constitutivas de un hecho único y global que recae bajo la calificación jurídica de administración infiel.

**Claramente ninguno de tales extremos se verifican en torno a la actuación que le cupo al Dr. Carlos Ben como Presidente del Directorio de "AYSA S.A."**

**No sólo por lo ya largamente explicado en relación a que su condición de Presidente de ningún modo lo coloca en una situación dispar a la del resto de los integrantes del Directorio de la empresa; que, como sabemos, es el órgano que administra la misma a través de decisiones pluralmente tomadas –aún cuando el Presidente considere lo contrario- que sólo son ejecutadas y cumplidas por dicho directivo.**

**Sino porque la totalidad de los actos que fueron dictándose en relación a las obras bajo investigación en la causa fueron la derivación recta de procedimientos reglados impecablemente llevados a cabo en el marco de la empresa "AYSA S.A.", con la participa-**

**ción de agentes, profesionales y directivos que componen a dicha empresa, mediante actos públicos documentados en actas, acuerdos y documentos que obran en la causa.**

**Actos todos que, además, se encuentran razonablemente explicados y justificados a través de una prueba pericial que no encontró irregularidad alguna, sino, en el peor de los casos, un enfoque parcial dispar sobre el índice que debía aplicarse para reconocer los mayores costos que trajeron aparejadas las obras.**

**Actos, hechos, acuerdos y procedimientos que, reitero, de ninguna manera pueden ser calificados como consumativos del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, dado que no existe ninguna prueba que permita inferir por medios indirectos, que Ben haya actuado con dolo, ni en beneficio propio, ni haya ocasionado perjuicio económico a la empresa “AYSA S.A.”**

No hubo perjuicio económico para “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.”, tampoco para el Estado Nacional, y no existieron ilícitos en la tramitación de ambos procesos licitatorios.

A ello cabe agregar que el dinero aportado por organismos oficiales a través de contratos celebrados con “AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” ingresó al patrimonio de esa concesionaria y fue puesto a disposición de la misma.

Las consecuencias necesarias de esas operaciones llevan ínsitas que los fondos egresaron del patrimonio de la entidad pagadora, perdiendo ésta, por consiguiente, el poder de disposición sobre los activos.

En consecuencia, el dinero también perdió, en el momento exacto en el que se produjo el perfeccionamiento de la transacción, el “carácter público” al que se alude en el auto de mérito.

En esa línea, corresponde recordar que los fondos que integran el patrimonio del Estado tienen el destino que le asigna la ley, el reglamento o la orden emanada de la autoridad competente. Si los caudales (autorizados por la ley de presupuesto, su reglamentación y orden de autoridad competente) tienen como destino la adquisición de un derecho intangible, entonces el fin público al cual los activos se hallan afectados se cumple en el momento en que, contra el pago de la suma estipulada, se cede el derecho pretendido. Una vez en manos de una entidad privada, el dinero pierde el carácter público, pues deja de ser un bien propio del Estado -o de sus entes autárquicos- del cual pueda disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos. Esa premisa, vale aclarar, es independiente del objeto de la entidad privada acreedora de la prestación.<sup>34</sup>

De ese sencillo razonamiento se extrae que el deber de los funcionarios nacionales de custodiar el destino de fondos específicos depende de la verificación de dos presupuestos esenciales: que los fondos efectivamente integren el patrimonio del Estado, y que éstos se encuentren a su disposición para el cumplimiento de un fin público. En el contexto de

---

<sup>34</sup> CREUS, Carlos: “Derecho penal. Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 2007, tomo 2, páginas 284, 518 y 519.

una relación contractual, los efectos jurídicos del acto consistente en “dar una suma de dinero” presuponen que el activo egresa del patrimonio del sujeto que lo “da” para ingresar al patrimonio del sujeto que lo “recibe”, quedando el bien a disposición del último.

Suponer lo contrario nos llevaría a una contradicción infranqueable, pues si en el marco del cumplimiento de una obligación de “dar una suma de dinero” el activo permanece en el patrimonio y a disposición del sujeto que lo “da” -en vez de pasar a integrar el patrimonio y colocarse a disposición del individuo que lo “recibe”- lo que nos queda es una operación vacía y privada de sus efectos propios. El sujeto obligado nada dio si mantiene para sí la titularidad del bien y el poder de disposición sobre éste. El fenómeno se vuelve particularmente claro cuando el negocio jurídico sobre el cual versa la transacción tiene “carácter oneroso”. Los fondos percibidos por cualquier persona física o jurídica como consecuencia de la celebración de un contrato oneroso tiene, por regla general, el destino que le asigne el beneficiario de la prestación -artículo 17 de la Constitución Nacional-. Tal es el caso de las sumas monetarias que el Estado paga a privados, por ejemplo, para que realicen obra pública; los órganos estatales pertinentes deben controlar que el contratista cumpla con la tarea pactada, mas ningún derecho tienen para imponerle el destino de los fondos que perciban contra la provisión del servicio contratado.

Lo propio ocurre en los casos en que el Estado destina fondos a entidades privadas con el único fin de fomentar la realización de un cometido público vinculado al objeto de la entidad que los recibe.

En dichos supuestos, los fondos aportados también pierden el “carácter público” que aquí interesa pues egresan del patrimonio del Estado e ingresan al patrimonio de la entidad beneficiada, siendo esta última la que, de allí en adelante, tendrá el derecho de disponer del activo.

Para que el fraude pueda estimarse cometido en perjuicio de la Administración pública, el patrimonio ofendido debe ser el de “...la Administración pública en cualesquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que él ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público. La vulneración de la propiedad perteneciente a personas de derecho privado (p. ej., ciertas fundaciones) no queda comprendida en el tipo, aunque se haya reconocido un interés público en su funcionamiento...”<sup>35</sup>

### **V. 15. La imputación que se avala en el auto apelado en relación al delito de cohecho pasivo que se atribuye al Dr. Ben.**

#### **V. 15. 1. Concluye el decisorio en crisis:**

*“En lo ateniendo al delito de cohecho, los acusadores mencionaron que este encaja perfecto en la parte no escrita de los hechos. Que se trata de un delito que contiene una acción bilateral, ya que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo. Que, en efecto, el sujeto pasivo de esta conducta –cohecho pasivo- es todo aquel funcionario público que, para hacer, retardar o dejar de hacer algo inherente a sus funciones, obtiene una dádiva u acepta una promesa. Y que en el caso, ese rol fue desplegado por Julio de Vido, José López, Roberto Baratta, Carlos Ben y Raúl Bian-*

---

<sup>35</sup> Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte especial”, Editorial Astrea, 6ta. Edición, Tomo I, pag. 518 y 519).

*cuzzo quienes, en su calidad de funcionarios públicos competentes se presume que recibieron, cuanto menos en parte, el dinero pagado por los empresarios como contraprestación de la adjudicación irregular de la obra pública y la concesión de ventajas indebidas; y que sus roles fueron preponderantes, ya que recibieron las dádivas, por lo que deberán responder en calidad de autores(artículo 45 del CPN).”*

**V. 15. 2.** Sin mayores fundamentos, V.S. termina avalando el relato que sostienen los acusadores que puede sintetizarse de la siguiente manera: *los empresarios pactaron previamente con los funcionarios distribuirse los contratos, simulando licitaciones para que les sean adjudicadas las obras, el permiso para modificar las condiciones de contratación y que les fueran otorgadas nuevas obras, obteniendo como consecuencia un lucro indebido en perjuicio de las arcas públicas.*

Respetuosamente cabe preguntarse:

**¿A qué pacto se refiere el decisorio apelado?  
¿Cuándo se llevó a cabo? ¿Entre quienes se celebró? ¿En qué consistió? ¿Cómo se instrumentó la entrega al Doctor BEN en relación a los actos y hechos que se le atribuyen?**

Las licitaciones supuestamente simuladas se llevaron a cabo sobre la base de documentos contractuales que venían siendo elaborados desde antes de la constitución de AYSA S.A., y la ejecución de la obra perduró durante años, lapso durante el cual se verificaron los pagos correspondientes.

¿Puede sostenerse seriamente que efectivamente las obras investigadas en esta causa fueron el resultado de un “pacto” entre un puñado de personas que, por otra parte de ningún modo podían, por sí, asegurar una determinada postura de la empresa AYSA S.A., y empresarios que ni siquiera habían efectuado una oferta para intervenir en el proceso licitatorio?

¿Acaso el acuerdo fue que la obra demande años de ejecución y un diferimiento en los pagos paralelo, en un lapso durante el cual una parte del acuerdo le aplicó a la otra **multas millonarias** que se descontaron de los pagos a efectuarse?

¿Un supuesto acuerdo cuyos términos, incluso, habrían continuado ejecutándose después de que los “funcionarios” cesaron en sus funciones?

Todo ello es absolutamente inverosímil. Las constancias que conforman este expediente no es un guión cinematográfico donde el autor puede dar rienda suelta a su prolífica imaginación y suponer, así, que frente a dos obras públicas importantes, los empresarios que hicieron las mismas se llenaron de dinero a cambio de coimas o beneficios indebidos a los directivos de la empresa licitante, fruto de un pacto celebrado vaya a saber de qué forma, o en qué lugar.

La historia realmente podría sonar bien y ser creíble en la platea de espectadores, y en verdad esta Defensa nada tiene que reprocharle al autor del libro, más allá de que se trata de un libreto repetido.

**Pero estamos en un proceso judicial, no en un concurso literario.**

**Y, como lo ha reconocido V.S. en el auto apelado, el auto de elevación a juicio debe tener una detallada precisión de los hechos atribuidos a los imputados, algo que en relación al Dr. BEN no se verifica en absoluto.**

Es que si V.S. considera que los hechos investigados son el resultado de un “pacto” espúreo, **está claro que en el auto de elevación a juicio debe encontrarse sumariamente referido y demostrado –al menos con semiplena prueba- de qué modo existió dicho supuesto pacto, entre quiénes, bajo qué condiciones de tiempo, modo y lugar, y demás extremos respecto de los cuales los imputados puedan efectivamente defenderse.**

De hecho ese supuesto e inexistente pacto no fue materia de oportuno emplazamiento en el momento de recabarse la declaración indagatoria de nuestro defendido, encontrándose gravemente afectado el principio de congruencia.

En cualquier caso, es sumamente irresponsable, y jurídicamente arbitrario, que se erija todo el andamiaje delictivo atribuido a los imputados sobre un supuesto e inexistente “pacto” que solo existe en la prolífica imaginación de los magistrados, pero en ningún elemento de prueba reunido en esta causa.

**Sobre todo cuando en la secuencia de supuestos pagos efectuados en relación a las obras investigadas en esta causa (que**

**pretenden documentarse con pruebas de otro expediente judicial donde se investigan pagos de una empresa por otras obras a idénticos funcionarios) NO APARECE MENCIONADO EN ABSOLUTO EL DR. BEN, a quien ninguno de los intervinientes jamás vio.**

En efecto, la extensa reseña de circunstancias fácticas, jurídicas y probatorias volcadas en los requerimientos fiscales de instrucción demuestra que, contrariamente a lo que los mismos postulan, CARLOS HUMBERTO BEN no ha cometido el delito que se le endilga en esta causa.

Es que, por caso, en el acuerdo de culpabilidad reseñado en la causa no se desprende ni una sola palabra, ni un solo testimonio y mucho menos, la existencia de algún otro dato que permita siquiera conjeturar la participación de Carlos Humberto Ben en ningún acuerdo con la referida firma comercial.

Idéntico resultado se alcanza a partir del análisis de los descargos efectuados por los coimputados, a punto tal que ninguno de ellos aludió a Carlos Humberto Ben como participante en algún acuerdo espurio en el marco de un concierto delictivo orientado a favorecer a determinadas empresas, o para perjudicar al Estado Nacional.

Dado que el delito de cohecho se consuma con el pacto venal, con independencia de que luego el funcionario cumpla o no con lo prometido o acordado, sea por sí o por interpósita persona, es que no existe el menor indicio sobre la participación del Doctor BEN en la consumación del delito de cohecho que, absurda y arbitrariamente entonces, se le enros-tra.

Mucho menos que el referido acuerdo haya podido ocurrir antes de la publicación de los procesos de licitación y/o que se haya mantenido en el tiempo.

No hay ningún indicio –siquiera- que permita inferir la existencia de diálogo, ni encuentro, ni trato directo o indirecto, del Doctor BEN con directivos de la empresa brasileña, ni tampoco con empresarios locales, y/o intermediarios que puedan involucrarlo ilícitamente en manio-  
bras de cohecho como las descriptas en esta causa.

**Repárese en que en los requerimientos formulados en autos, donde se realiza una reseña de distintos movimientos financieros, ni siquiera se menciona al Dr. BEN.**

En efecto, luego de explicarse de qué modo habría ocurrido el supuesto negocio ilícito, el magistrado hace mención a Biancuzzo como el directivo de AYSA S.A. que haría de canal de recepción de pagos ilícitos en el primer tramo de sobornos reconocido por la compañía brasileña.

**De Ben ni una palabra.**

Tampoco lo menciona a Carlos Ben cuando aparece la firma Sabrimol Trading, **simplemente porque no tuvo ninguna participación.**

**En realidad no hay ningún “material probatorio” en relación a la acusación dirigida contra Carlos Ben.**

**De manera entonces que la imputación dirigida contra el Dr. BEN como autor del delito de cohecho pasivo se encuentra desprovista no sólo de todo fundamento fáctico y probatorio, sino que además adolece de fundamento jurídico válido.**

En efecto, tal como se encuentra legislado el delito de cohecho, el mismo se verifica cuando un funcionario público por sí o por persona interpuesta, recibe dinero o cualquier otra dádiva o acepta una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Es un tipo de codelincuencia necesaria porque la incurción del funcionario en alguna de aquellas conductas, exige la de un sobornante que de u ofrezca la dádiva.

El cohecho pasivo es un delito especial según el cual un funcionario público -único sujeto activo posible- recibe o acepta, por sí o por interpósita persona.

Respecto de la calidad de funcionario público se ha resuelto (conf. CNACrim. y Correc. Fed., Sala II; 17/05/2005; "Sznajder, Oscar A."; LA LEY, 2005-F, 160) "... la clave para atribuir a un agente la calidad de funcionario público se centra en el ejercicio de funciones públicas, más allá de las condiciones de su designación o de las tareas que tenga asignadas".

La acción del funcionario público, sea hacer o dejar de hacer o influir a tales efectos, debe referirse a actos propios de su competencia material, sin distinguir sin son actos lícitos o ilícitos.

**El tipo penal solo admite dolo directo. Requiere que el funcionario público tenga conciencia que el recibir o aceptar los efectos teniendo presente la finalidad acordada con el oferente.**

Por su intermedio, se tiende a proteger el normal funcionamiento de la Administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de una motivación particular en el ánimo del funcionario. La venalidad, como fuente incluso de un acto que el funcionario se encuentra legalmente obligado a cumplir, atenta contra el debido funcionamiento administrativo, que debe solventarse en la objetividad y el bien de la comunidad.

El cohecho es un delito contra la administración pública, por el cual se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración, a través de la corrección e integridad de los empleados.

Lo que la ley castiga es la venalidad del funcionario público en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo. En el cohecho hay un acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular con la finalidad de conseguir la venta de un acto funcional.

Hablar de cohecho pasivo (art. 256, CP), implica considerar que necesariamente, por lo menos dos personas, cohechante y cohechado, se ponen de acuerdo para concretar un pacto ilícito, en el cual el funcionario público, traicionando su cargo, recibe dinero o cualquier otra dádiva, para hacer o dejar hacer algo relativo a sus funciones.

El delito de cohecho es de carácter bilateral por cuanto se exige un concierto de voluntades entre cohechante y cohechado.

**En el caso NO SE VERIFICA ninguno de los extremos que exige el tipo penal del art. 256 del código sustantivo en relación a mi defendido CARLOS HUMBERTO BEN.**

#### **VI. RESERVA.**

Para el eventual e hipotético supuesto de que las pretensiones aquí deducidas no sean receptadas por V.S., vengo a mantener el planteo del caso federal oportunamente impetrado, en función de lo normado en el **art. 14, ley 48**, y en directo resguardo de los derechos y garantías contemplados en los **arts. 18, 43, 75 inc. 22, ss. y ctes., Constitución Nacional.**

#### **VII. PETITORIO.**

Por todo lo expuesto, a V.S. solicito:

**1.** Tenga por deducido en tiempo y forma el presente recurso de apelación y nulidad por la falta de decisión de la excepción de falta de acción por inexistencia de delito y por no hacer lugar a la oposición de elevación a juicio y el consecuente auto de sobreseimiento en favor del dr. Carlos Humberto Ben.

2. Se conceda dicho recurso por ante la Excma. Cámara Federal, a fin de que dicho Tribunal de Alzada se sirva revocar y dejar sin efecto el decisorio en crisis.

3. Se tenga presente la reserva de recurrir en Casación y del Caso Federal.

Proveer de conformidad,

**SERÁ JUSTICIA.**

CARLOS DANIEL FROMENT

CSJN T. 17, F 746.