

**DEDUCE QUEJA CONTRA DENEGATORIA DE RECURSO DE
APELACIÓN. MANTIENE CASO FEDERAL.-**

Excma. Cámara Federal:

CARLOS DANIEL FROMENT, letrado defensor de **CARLOS HUMBERTO BEN**, manteniendo el domicilio constituido en Pedro del Castillo 1435, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el domicilio electrónico en cfroment@bicaabogados.com (usuario 20104645438) en la **causa N° 1614/2016**, caratulada **“BEN, CARLOS Y OTROS S/ ASOCIACIÓN ILÍCITA”**, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. OBJETO.

Que vengo a interponer formal **RECURSO DE QUEJA** (arts. 476 y ss., CPPN) contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal número 7, que en fecha 3 de agosto del año en curso rechazó por “improcedente” el recurso de apelación deducido por esta Defensa (en el Anexo “A” de esta presentación se acompaña copia de la resolución desestimatoria dictada por el *a quo*) tanto respecto a la excepción de falta de acción por inexistencia de delito como a la concesión de la apelación respecto a la oposición a la elevación a juicio que hiciera esta parte.

El recurso de apelación (cuya copia se agrega al presente

como Anexo “B”) que ha sido mal denegado por el señor Juez de Primera Instancia, se dirigió oportunamente contra la resolución de ese mismo magistrado (su copia obra en el Anexo “C”) que, en fecha 24 de julio de 2020 dispuso:

a) La elevación a juicio oral de la causa seguida contra mi defendido; y

b) En forma tácita, porque no fue incluido en la parte dispositiva, el rechazo de la excepción de falta de acción opuesta por esta Defensa.

El presente recurso, se interpone oportunamente, puesto que esta defensa fue notificada el día 3 de Agosto de 2020.

Por las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente se expresan, solicitamos de V.E. que se declare mal denegado el recurso de apelación articulado por esta Defensa, atribuyéndose a los autos principales el curso procesal contemplado en el **art. 478, *in fine*, CPPN.**

II. ANTECEDENTES.

Versa la presente causa sobre actuaciones procesales iniciadas con motivo de una denuncia anónima que fuera dejada debajo de la puerta de la Fiscalía del Doctor Stornelli, que luego de ser remitida a sorteo, hiciera propia el Fiscal en turno dr. DELGADO, de acuerdo a sus propios dichos al tiempo de formular el requerimiento de elevación a juicio.

En dicho instrumento se hace referencia a la gestión que

tuvo a su cargo mi defendido Carlos Humberto BEN como directivo de la firma “AYSA S.A.”

Sobre dicho cauce instrumental, el Fiscal Delgado formuló un requerimiento de instrucción que inauguró un trámite de instrucción que ha demandado más de cuatro años de tramitación en el Juzgado número 7 del fuero.

La investigación finalmente adoptó un curso diverso del señalado en su etapa inicial, sosteniendo el Ministerio Público, junto a los querellantes, que en relación a los imputados existían elementos de prueba suficientes para sospechar la participación de los mismos en los delitos de defraudación por administración fraudulenta en perjuicio del Estado y cohecho (activo y pasivo).

Tras la confirmación, por parte de esa Excma. Cámara, de los procesamientos de los imputados, se dispuso en la instancia de origen la producción de una prueba pericial (contable e ingenieril) que venía siendo largamente requerida por esta defensa, junto a la adopción de otras diligencias de prueba que, lamentablemente, nunca fueron siquiera proveídas por el magistrado actuante en la instancia de origen (ni tratadas, ni resueltas, lisa y llanamente ignoradas).

Como dicha prueba pericial fue contundente a la hora de determinar, entre otras cuestiones sustanciales, la imposibilidad técnica, científica y fáctica de establecer la existencia de **perjuicio económico alguno** en cabeza de la parte comitente de las obras investigadas en esta causa, esta Defensa opuso oportunamente formal **excepción de falta de acción fundada**

en la palmaria inexistencia de delito, pidiendo el sobreseimiento del Doctor Carlos Humberto BEN.

El Juzgado de Primera Instancia dispuso tener presente el planteo y diferir su tratamiento al resultado del traslado que había conferido a las partes acusadoras para que se expidan en orden a lo normado en los **arts. 346 y ss., CPPN.**

Formulado el requerimiento de elevación a juicio por parte del Ministerio Público Fiscal –y de las partes querellantes-, esta Defensa reeditó, mantuvo y amplió la excepción de falta de acción ya opuesta, deduciéndose además, formal oposición contra la elevación a juicio de las presentes actuaciones.

Tales pretensiones fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia mediante el resolutorio de fecha 24 de julio de 2020, en el que, sin resolverse de modo expreso la excepción de falta de acción, se dispuso la elevación de la causa seguida contra el Dr. BEN, junto a otros coimputados, lo que implicó la tácita pero inequívoca desestimación de aquella defensa sustancial, sin fundamentación suficiente, y a través de un decisorio completamente desprovisto de motivación.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN CUYA CONCESIÓN FUERA DENEGADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.

Contra lo así decidido por el *a quo* se dedujo, por esta Defensa, formal recurso de apelación sustentado en los siguientes agravios:

III. 1. El decisorio que dispuso la elevación de la causa a juicio se encuentra desprovista de fundamentos (**art. 123, CPPN**).

III. 2. El resolutorio apelado deviene palmariamente nulo en tanto omitió pronunciarse, fundada y puntualmente, sobre la excepción de falta de acción opuesta por esta Defensa.

III. 3. La decisión adoptada por el señor Juez de Primera Instancia también resulta nula debido a que soslayó el tratamiento de las siguientes cuestiones esenciales:

III. 3. A) El *a quo* ha guardado silencio sobre los alcances y las conclusiones de la prueba pericial llevada a cabo en la causa, 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 DIRIMIENTE que demuestra DE MODO COMPLETO Y DEFINITIVO LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS INVESTIGADOS POR AUSENCIA DE PERJUICIO PATRIMONIAL.

III. 3. B) – El auto apelado tampoco se expidió sobre el trato desigual que se ha consagrado en esta causa en relación a 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.

III. 3. C) – El *a quo* tampoco abordó el tratamiento de otra cuestión esencial, relativa a los efectos jurídicos que ha ocasionado la ratificación efectuada por la Asamblea general Ordinaria de accionistas de “AYSA S.A.” llevada a cabo

con posterioridad al cese de funciones del Doctor BEN como Presidente del Directorio de dicha empresa.

III. 4. El resolutorio en crisis convalidó, infundadamente, el trámite de actuaciones promovidas a través de la grave violación del debido proceso legal, en desmedro del derecho a la defensa en juicio.

III. 5. El señor Juez de Primera Instancia, al disponer la elevación de la causa a juicio, ha convalidado requerimientos que en tal sentido formularon las partes acusadoras, pese a que los mismos de ningún modo satisfacen los recaudos exigibles.

III. 6. La resolución del 24 de julio de 2020 consideró, arbitrariamente, que el perjuicio invocado por las partes acusadores se encuentra acreditado por las supuestas e inexistentes “irregularidades” señaladas como llevadas a cabo en los procedimientos licitatorios, razonamiento que no ofrece el menor sustento lógico ni jurídico.

III. 7. En el decisorio a través del cual el magistrado actuante en la instancia de grado dispuso la elevación de la causa a juicio incurrir en groseros desaciertos en el análisis del financiamiento de las obras materia de investigación en la presente causa, en el lapso de ejecución de las obras, y en las adendas aprobadas durante la ejecución de aquellas.

III. 8. Se refutó asimismo, en el recurso de apelación mal denegado, que no era cierto que los procedimientos licitatorios habrían constituido una supuesta “ficción” para perjudicar “al Estado” y “beneficiar a las empresas”.

III. 9. Se destacó fundadamente, en el mismo recurso, el desacierto incurrido por el Sr. Juez de Primera Instancia, al equiparar a la empresa concesionaria “AYSA S.A.” con el Estado nacional concedente, al calificar en consecuencia a los directivos de dicha empresa como funcionarios público, y al atribuir el supuesto e inexistente perjuicio sufrido por esa comitente como un perjuicio “del Estado”.

III. 10. La providencia así impugnada incurrió en otro gran desacierto, al atribuir a uno de los cinco miembros del Directorio de “AYSA S.A.” y a tres empleados de esa firma la inexistente responsabilidad penal por hechos que sólo pudieron ser llevados a cabo a través de la decisión de todos los miembros del Directorio sobre la base de actos intermedios, dictámenes y actuaciones materiales que resultaron obra de personas que ni siquiera fueron citadas a prestar declaración en la causa.

III. 11. La imputación sobre la que pretende sustentarse la elevación de la causa a juicio de los hechos calificados como “cohecho”, procura sustentarse en constancias que no ostentan condición de prueba válidamente incorporada en la causa.

III. 12. El auto apelado es, en consecuencia, el resultado de una arbitraria interpretación y aplicación al caso de lo normado en los **arts. 173 inc. 7, 174 inc. 5, y 256 del Código Penal.**

IV. LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA EL RECURSO DE APELACIÓN DEDUCIDO POR LA DEFENSA CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN Y LA ELEVACIÓN DE LA CAUSA A JUICIO.

Lo llamativo de ese decisorio, más allá de la ausencia de fundamentación, es que las consideraciones que preceden a la declaración de inadmisibilidad del recurso traído por esta Defensa sólo en parte se vinculan con lo así decidido.

Es que, en efecto, como se analizará en los capítulos que siguen, el señor Juez de Primera Instancia se ha dedicado, en lugar de señalar los motivos por los que no correspondía conceder el recurso de apelación, a un vano intento por “mejorar” lo decidido en el resolutorio apelado, o bien a subsanar las omisiones y deficiencias en base a las cuales se ha deducido un recurso que obviamente no debía ni debe ser tratado ni resuelto por el *a quo*.

Pero contrariamente a lo interpretado por el Juzgado actuante, esta Defensa no dedujo una “reposición” contra lo decidido el día 24 de julio de 2020; lo que ha hecho esta Defensa es interponer un recurso de apelación procedente respecto del cual el Juez de grado sólo se hallaba facultado para disponer su concesión o no, en forma fundada.

Tampoco ello ha ocurrido en este caso.

El Señor Juez de grado se ha considerado habilitado para intentar, sin ningún tipo de suceso, rebatir los agravios que esta Defensa enarboló no para su tratamiento por el magistrado que suscribió la resolución apelada, sino para que la Excma. Cámara conozca el marco de la apelación ensayada, a la espera del mantenimiento del recurso que, por supuesto, debió el *a quo* conceder.

En cambio, en lugar de brindar algún razonamiento

atendible que justifique la no concesión del recurso deducido, rechaza las apelaciones con argumentos arbitrarios, sin rebatir un ápice la sólida fundamentación del recurso interpuesto por esta defensa; que, desde ya, solicito sea concedido por la Excma. Cámara a través de la recepción de esta queja.

Analizaré en los capítulos que siguen las irregularidades que, en relación a la situación procesal de mi defendido **CARLOS HUMBERTO BEN**, descalifican al decisorio de fecha 3 de agosto de 2020 como acto jurisdiccional válido.

Dicho análisis naturalmente excede el marco normal del objeto de todo recurso de queja por apelación denegada, pero debido a que, precisamente, las argumentaciones que brinda el Sr. Juez *a quo* en procura de algún refuerzo del auto apelado, preceden a la resolución desestimatoria de la apelación deducida por esta Defensa, para el evento de que se consideren dichas argumentaciones como fundamento complementario al rechazo contra el que se dirige la presente queja, entiendo oportuno e ineludible rebatir críticamente tales consideraciones.

V. EL DESCONOCIMIENTO DEL DECISORIO RESPECTO DE LOS PLANTEOS EFECTUADOS POR ESTA DEFENSA ANTES DEL TRASLADO CONFERIDO A LAS PARTES ACUSADORAS EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 346, CPPN.

Principia su desarrollo argumental el *a quo* con la siguiente expresión:

“No bien se corrió el traslado previsto en el art. 346 CPP, se recibieron numerosos planteos al trámite y pedidos de sobreseimiento, sin más elementos que una interpretación sesgada de los elementos de prueba, entre ellos del peritaje técnico contable. Vale recordar que tal peritaje, encomendado por el tribunal revisor, tenía el propósito de mensurar el perjuicio que se tuvo por acreditado”.

Inexacto.

Basta compulsar, como lo podrá hacer V.E. en ocasión de ingresar en el tratamiento del recurso mal denegado por el Juez de grado, las constancias de los autos principales y de los fundamentos de la propia excepción de falta de acción, para verificar, con toda precisión, el número de oportunidades en las que hemos petitionado el sobreseimiento total y definitivo de mi asistido, como efectuado planteamientos similares a los que, efectivamente, debieron reeditarse ante la falta de tratamiento –siquiera- de aquellas peticiones, planteos y defensas.

Claramente en la resolución alcanzada por esta queja el magistrado instructor pretende remarcar, desacertadamente, que los planteos de la Defensa fueron una suerte de reacción ante el traslado conferido en los términos del **art. 346, del CPPN**.

VI. EL RAZONAMIENTO DESPLEGADO POR EL SR. JUEZ EN ORDEN A LOS EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN DEL AUTO DE PROCESAMIENTO, ESPECIALMENTE EN ORDEN A LO NORMADO EN EL ART. 311, CPPN.

Agrega luego el Señor Juez de grado:

“En ese sentido, se pueden consultar los autos de procesamiento y las resoluciones de la Sala I de la Cámara de Apelaciones, pero sólo por mencionar algunas, el perjuicio se tuvo por acreditado a través de distintas maniobras que se evidenciaron en torno a las obras “Paraná de las Palmas” y “Berazategui”: licitaciones amañadas, modificaciones a los pliegos, modificaciones al presupuesto original, anticipos financieros, fórmulas de redeterminación de precios impuestas por las contratistas, importaciones de bienes, incorporación de obras por fuera del objeto de los contratos, entrega de las obras excediendo el plazo previsto en los pliegos y en los contratos, y otros incumplimientos contractuales”.

“(…) Frente a ese escenario, ningún elemento nuevo se presentó para revocar aquella decisión confirmada por la Cámara, tal como pretenden los defensores. Por el contrario, desde aquella resolución confirmada por la Cámara, lo que siguió fue un nuevo pronunciamiento en el que se tuvo por acreditado –con suficiente grado de probabilidad– que los empresarios habían pagado sobornos a los funcionarios públicos en el marco de las contrataciones: para direccionar los contratos de obra pública y para reanudar pagos adeudados por el Estado. Es decir, los sobornos habrían sido la contracara de las irregularidades que configuraron el perjuicio. Esto también fue confirmado por el tribunal revisor.”

Aquí se plasma con toda claridad lo que he adelantado en el capítulo IV: el señor Juez de Primera Instancia decidió, en el auto en el cual

debía resolver la concesión o no de los recursos deducidos, reforzar la argumentación del auto apelado, sin tener ninguna competencia para ello.

Particularmente constituye un serio error el párrafo transcrito en el inicio del presente capítulo.

Es que el magistrado, nuevamente, insiste en un razonamiento muy particular, según el cual existiría una identidad aritmética entre el procesamiento de un imputado, y el auto de elevación a juicio, postulación que, como lo entenderá V.E., no tiene ningún tipo de asidero en la mecánica procesal que establece la ley ritual aplicable al caso.

Al tiempo que desconoce, por lo demás, lo establecido en el **art. 311, CPPN**, en cuanto a la naturaleza provisoria de aquello que se decide en un auto de procesamiento.

En efecto, el hecho de que esa Excma. Cámara haya confirmado el procesamiento dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia, 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 y los reparos ofrecidos contra los requerimientos de elevación a juicio.

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 **—que es donde se materializa el perjuicio irreparable que procura superarse a través del recurso de apelación mal denegado por el mismo magistrado—**, con los sufrimientos y detrimentos de toda índole 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 disponer el procesamiento de los imputados.

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 recurso de apelación mal denegado en la instancia de origen no se encuentran reunidos los extremos necesarios y suficientes para abastecer la elevación a juicio dispuesta por el *a quo*.

A la luz de nuestro régimen procesal el auto de elevación a juicio 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).

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 diciéndose 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"¹.

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: sobre-

¹ ABALOS, Raúl Washington, "Derecho Procesal Penal", t. II, p. 375, Ed. Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993.

see) 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 prueba recogida ...se convenza de que de otra forma podrá brotar de la discusión pública la verdad"*².

Lo cierto es que con posterioridad a la confirmación del procesamiento por parte de V.E. –decisorio que se encuentra sometido al tratamiento de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación- no sólo no se ha aportado ningún elemento conducente a la confirmación de la sospecha traducida en aquél auto, sino que, por el contrario se produjeron pruebas que contribuyeron a establecer definitivamente la ausencia del perjuicio invocado como elemento del tipo penal atribuido a mi defendido, y, por ende, de los “pagos indebidos” que se reseñan como efectuados con el producido de supuestos e inexistentes sobreprecios.

De modo tal que, contrariamente a lo reseñado por el *a quo*, el procesamiento no justifica en el caso la elevación a juicio de la presente causa.

² "Tratado de Derecho Penal", trad. Sentís Melendo-Ayerra Redín, t. IV, ps. 241 y 142, Ed. EJEa, Buenos Aires, 1953.

VII. EL PERJUICIO COMO “CONCEPTO JURÍDICO” ACREDITADO “POR RESOLUCIÓN JUDICIAL”.

Recientemente, el 16/6/2020, la CCCF –Sala I CFP 12001/16/22/CA9 “Suárez, Enrique O. y otros s/ procesamiento y embargo” Juz. n° 6 -Sec. n° 11, sostuvo lo siguiente ante al revocar el auto de procesamiento: “.... A ello se suma el peritaje contable al que hicimos referencia más arriba -ordenado en el mismo decisorio y cuyos puntos de pericia fueron determinados en el auto del 16 de marzo del corriente año-, que también involucra aspectos de la maniobra aquí pesquisada. Por lo tanto, en orden a todo lo expuesto, el procesamiento, aquí también, se evidencia prematuro. En conclusión, siendo que no se encuentran acreditadas, ni aun con el grado de probabilidad que demanda un auto como el aquí revisado, **las maniobras investigadas, dicho decisorio será revocado y en consecuencia, se adoptará una situación expectante respecto de todos los imputados hasta que se complete la investigación, de acuerdo a lo establecido por el artículo 309 del código de forma. Con ese norte, estimamos que resulta de gran importancia contar con los resultados del peritaje contable ordenado con fecha 16 de marzo pasado....**”. el subrayado nos pertenece.

Quiere decir entonces que esa Excma. Cámara sí le asigna un concepto e importancia distinta al significado de “**perjuicio**” del que alude el Señor Juez Instructor cuando no hace lugar a las apelaciones deducidas, ya sea por la excepción como por la denegatoria a la oposición de la elevación a juicio.

Continúa el decisorio que da origen y justificación a la presente queja con otra alegación indisolublemente vinculada a la fundamentación del auto apelado:

“En concreto, el perjuicio es un concepto jurídico y como tal se tuvo por acreditado, se valoró y se explicó en el primer auto de procesamiento. Integra los elementos del tipo objetivo del delito bajo el cual se calificaron provisoriamente las conductas de los imputados (funcionarios públicos, empresarios y ejecutivos de empresas contratistas). Más tarde, la Cámara -al rechazar las apelaciones- confirmó esa decisión y encomendó la realización de un peritaje “...tendiente a determinar con la mayor exactitud posible el perjuicio económico que las maniobras investigadas causaron al Estado”. No para verificar lo que tuvo acreditado, sino para establecer en qué medida se había perjudicado al Estado con las maniobras que se les atribuyen a los imputados”.

A tal consideración le es aplicable lo dicho en el capítulo inmediato anterior.

Pero es preciso agregar lo siguiente: el perjuicio no es un concepto jurídico independiente de la prueba que documenta su existencia.

En los mismos requerimientos de elevación a juicio receptados por el Juzgado de Primera Instancia se indica como elemento propio del delito de defraudación atribuido a mi defendido la existencia de un “perjuicio del Estado”.

Un perjuicio que, efectivamente, con los alcances pro-

pios del auto de procesamiento, V.E. ha considerado, en su momento, sumariamente *prima facie* acreditado en estos obrados, pero que como consecuencia de la prueba pericial cumplida en autos –e inobjettata- se ha podido determinar que dicho perjuicio inicialmente apreciado no es tal, en la medida en que los expertos han concluido que las diferencias nominales de valores tenidas en miras al confirmarse el procesamiento, en realidad no se traducen en perjuicio económico para la empresa AYSA S.A. ni para el Estado Nacional.

Mal puede, como lo hace el Juez de Primera Instancia, considerarse probado, a los fines de elevar la causa a juicio oral, el perjuicio que contempla el tipo penal atribuido a mi pupilo, sobre la base de la resolución dictada al confirmarse el procesamiento obrante en los autos principales, en tanto, por lo establecido en el ya citado art. 311, CPPN, aquella es una resolución provisoria que, en esta causa, ha quedado desprovista de sustento en función de la prueba producido con posterioridad a su dictado.

La resolución judicial reconoce un hecho probado, no prueba un hecho; en el caso, al confirmarse el procesamiento se consideró provisoriamente demostrado un perjuicio que surgía, entonces, *prima facie* documentado en las constancias por entonces obrantes en la causa.

Pero de ningún modo esa resolución puede ser fuente de prueba para tener por acreditado, con el grado de convicción que exige el auto de elevación a juicio y la desestimación de la excepción de falta de acción, el hecho concreto exigido por el tipo penal cual que, como consecuencia de la

supuesta e inexistente administración infiel, se haya producido un perjuicio al Estado.

En definitiva, tanto en el decisorio apelado como en aquél que motoriza la procedencia de esta queja se desconocen de modo infundado 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 mi defendido, 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.”.

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 el *a quo* como esa Excma. 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. qué 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 en esta causa 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.

El Juzgado de Primera Instancia 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.

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 oficiales (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, autoriza-

ron 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.

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 fueron 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 re expresión de precios quebranta o no una ley de convertibilidad de hace treinta años.

Lo que se discute en esta causa es si la re expresión 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. FUERON DECISIONES DEL DIRECTORIO QUE BEN INTEGRABA.-

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 re expresión 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 re expresión 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 contrato³.

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.

³ 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.

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 merecedores 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.

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 re expresión y re determinación 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 actualizado, 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.

Existen múltiples ejemplos que ilustran de qué modo 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 Excm. 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”.

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 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.

VIII. EL RESULTADO DE LA PERICIA CUMPLIDA EN AUTOS FRENTE A LOS PLANTEOS DEDUCIDOS POR ESTA DEFENSA.

Continúa el *a quo* en sus consideraciones orientadas a defender el auto apelado en los siguientes términos:

“Más tarde, la Cámara -al rechazar las apelaciones- confirmó esa decisión y encomendó la realización de un peritaje “...tendiente a determinar con la mayor exactitud posible el perjuicio económico que las maniobras investigadas causaron al Estado”. No para verificar lo que tuvo acreditado, sino para establecer en qué medida se había perjudicado al Estado con las maniobras que se les atribuyen a los imputados”.

Ello no es así, en virtud de las consideraciones que paso a exponer.

Lo que dispuso V.E. es tan claro como el resultado de la pericia, y por ello es que el decisorio que deniega la concesión del recurso de apelación participa de la misma arbitrariedad que el resolutorio apelado.

Un ejemplo quizá contribuya a esclarecer el tema: supongamos que al confirmar el procesamiento de un imputado a quien se le ha atribuido el delito de peculado, sobre la base de las pruebas obrantes en el sumario hasta entonces, el Tribunal de Alzada encomienda la realización de una pericia a los fines de determinar el monto concreto de aquella maniobra; producida la prueba se determina que no existe perjuicio porque en realidad los fondos que se creían apropiados por el imputado, en rigor de verdad habían sido mal registrados, o imputados a otra cuenta, pero que lo cierto es que en definitiva los fondos estaban debidamente rendidos e integrados al Estado.

¿Alguien puede suponer que ese hecho podría haber sido

elevado a juicio sobre la base de lo que determinó la Cámara al confirmar el procesamiento?

Obviamente no.

Y ello es lo que ocurre en el caso.

La Excma. Cámara consideró, sobre la base de las diferencias nominales informadas en la causa a través de informes administrativos, que efectivamente había un perjuicio que era preciso mensurar; ahora bien, cuando el contenido de los informes abrió paso a una pericia QUE FUE INOBJETADA, y dio como resultado nada menos que lo informado por los peritos **debe colegirse sin grado de hesitación alguno que efectivamente no existe elemento que justifique la prosecución de la causa, resultando procedente la excepción denegada por el *a quo* e inviable la elevación a juicio arbitrariamente decidida.**

**IX. LA “ACREDITACIÓN DE LOS SOBORNOS”
QUE EL A QUO RATIFICA EN EL DECISORIO QUE RECHAZA LA
APELACIÓN IMPETRADA POR ESTA DEFENSA.**

Insiste el *a quo* como si en lugar de un recurso de apelación esta Defensa hubiese deducido un recurso de reposición:

“Frente a ese escenario, ningún elemento nuevo se presentó para revocar aquella decisión confirmada por la Cámara, tal como pretenden los defenso-

res. Por el contrario, desde aquella resolución confirmada por la Cámara, lo que siguió fue un nuevo pronunciamiento en el que se tuvo por acreditado – con suficiente grado de probabilidad- que los empresarios habían pagado sobornos a los funcionarios públicos en el marco de las contrataciones: para direccionar los contratos de obra pública y para reanudar pagos adeudados por el Estado. Es decir, los sobornos habrían sido la contratacara de las irregularidades que configuraron el perjuicio. Esto también fue confirmado por el tribunal revisor”.

El mismo razonamiento: lo establecido en el procesamiento alcanza para elevar a juicio en la causa.

Pese a que como resultado de la pericia se ha documentado la ausencia de “sobrepregios” que, a su turno, despeja toda posibilidad de que, sin ellos, haya existido algún “pago indebido” como el que debió al menos indicarse en el resolutorio apelado a través del recurso contra cuya denegatoria se alza la presente queja.

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 esa 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)”.

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

Por otra parte, resulta 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 ilegalmente 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, sin que las excusas escogidas por el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL logren, ni remotamente, disimular un temperamento procesal del que evidentemente 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.

Resulta, entonces, a todas luces arbitrario que, como lo sostiene el señor Juez de Primera Instancia, 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.

Ello por cuanto cabe destacar el nulo valor probatorio del testigo “de oídas”.

Los trascendidos periodísticos (sobre todo de las notas del Dr. Alconada Mon) relativos 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 explicado 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, pero es suficiente para la demostración de extremos fácticos en este proceso.

La jurisprudencia nacional se ha expedido en tal sentido, con respaldo doctrinario unánime⁴.

X. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN FRENTE A LA IMPUTACIÓN DE HECHOS ATÍPICOS.

Refuerza asimismo el magistrado *a quo* los motivos por los cuales, respecto de los otros coimputados, desestimó la excepción de falta de acción:

“La excepción de falta de acción articulada como vía para reclamar que la causa no se eleve a la etapa de debate, no es procedente, porque está reservada para casos manifiestamente atípicos, cuando se advierte de antemano que el caso no configura un hecho ilícito y la acusación fracasaría”.

En la oportunidad procesal en la que el *a quo* debía pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de los recursos impetrados, dedicó vastos párrafos a reeditar argumentos correspondientes al decisorio apelado.

El recurso deducido por esta defensa, al dirigirse contra

⁴ 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.

un resolutorio que exhibe severos defectos de fundamentación que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, es procedente y debe ser concedido por esa Excma. Cámara a través de la recepción de la presente queja, ante los agravios irreparables que dicha decisión ocasiona, y frente a las injustificadas vulneraciones que la misma surte sobre los derechos y garantías de mi asistido.

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 acción⁵.

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 delito⁶.

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 Nacional⁷.

⁵ CCC "Fallos" IV: 313; V:208; VI:209 y 191 y "Fallos" segunda serie I:21.

⁶ D'ALBORA, F. J., "La inexistencia de delito como excepción no legislada", ED, 121-975 y sigtes.

⁷ 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

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 el señor Juez de Primera Instancia, resulta perfectamente viable la excepción opuesta por esta Defensa.

XI. LA PARTICULAR CALIFICACIÓN QUE HACE EL MAGISTRADO A QUO DE LA ELEVACIÓN A JUICIO COMO UN SUPUESTO “BENEFICIO” PARA LOS IMPUTADOS.

El a quo esgrime el siguiente razonamiento a los fines de validar lo decidido a través del decisorio apelado por esta Defensa:

“A esta altura, es importante recordar que existe un mandato legal sobre la sucesión de etapas en el caso, según el cual la intervención del juzgado de

otros, CCC, sala V, en JA, 2001-IV, 336 y TOC N° 4, en ED, 195-71. CAFFERATA NORES, J. I. y TARDITTI, A., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado", t. I, p. 119, Córdoba, 2003.

instrucción cesa cuando se encuentra configurado el estándar para avanzar hacia la siguiente etapa. Por esa razón, el juzgado tiene el deber de evitar la desnaturalización de la etapa de instrucción, que duró más de cuatro años y a lo largo de la cual se reunieron numerosos elementos probatorios, entre ellos el peritaje reclamado que insumió más de un año. Desde que se legitimó pasivamente a los imputados transcurrieron tres años y se dispusieron dos autos de procesamiento que fueron confirmados por el tribunal revisor. En definitiva, no cumplir con la elevación a juicio implica un problema para el derecho de ser juzgado en un plazo razonable y constituye un supuesto de privación de justicia. La Corte lo dijo en numerosas ocasiones: los jueces tienen el deber de garantizar que los procedimientos no conlleven dilaciones que no estén justificadas por las razonables necesidades de la propia administración de justicia (CSJN, “Espíndola” del 9/4/2019). En sus palabras, “son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas” (CSJN, “Espósito, Miguel Ángel” del 23/12/2004).”

Aparece como desacertada la invocación que formula el Juez de Primera Instancia sobre los “mandatos legales” que dice cumplir; precisamente esta Defensa viene remarcando desde años atrás que fueron muchos, y muy significativos, los “mandatos legales” que, siempre sin mayores motivaciones, fueron desoídos en esta causa.

Nadie, esta Defensa menos, pretende que se desnaturalice un sumario de instrucción, ni que se evite la elevación de una causa a juicio, **cuando dicha elevación resulte procedente.**

La duración de este sumario no tiene absolutamente nada que ver con ninguna actuación obstructiva de esta Defensa.

Entiendo que tampoco ha mediado obstrucción de parte de ninguno de los distinguidos colegas defensores que actúan en la causa.

Lo sostengo por una simple cuestión: basta repasar el contenido del sumario para corroborar que la gran mayoría de las peticiones que los imputados, por sí o a través de sus defensores, han formulado, han sido lisa y llanamente “tenidas presente”, o bien derechamente desestimadas por el Sr. Juez de Primera Instancia, sin que ninguna de tales pretensiones haya tenido siquiera la menor posibilidad de obstruir o dificultar el trámite de la causa.

La duración de la pericia obviamente tampoco puede atribuirse a esta Defensa, sobre todo cuando buena parte de la misma se vio entorpecida por cuestiones ajenas a las defensas, especialmente razones de fuerza mayor, como las que resultan de público y notorio conocimiento.

Finalmente, “el derecho a ser juzgado en tiempo razonable”, al que el Juzgado de Primera Instancia hace mención, no nace con la elevación a juicio, ni se verifica exclusivamente durante la realización del juicio oral.

Es un derecho constitucional que nace desde el mismo momento en que una persona es una imputada, por lo que el derecho a ser juzgado en tiempo razonable de ningún modo puede ser considerado desde la óptica de la celeridad, en forma exclusiva, sino que el derecho es a ser JUZ-

GADO, o sea que su situación legal sea ponderada en el marco del debido proceso legal y con respeto a la defensa en juicio.

Algo que no se ha observado debida ni suficientemente en esta causa, motivo por el cual esa vulneración de los derechos constitucionales de mi defendido en modo alguno puede considerarse subsanada por la elevación a juicio de una causa donde se le atribuyen hechos atípicos respecto de los cuales no tiene participación alguna que genere su responsabilidad penal.

XII. LAS EXPLICACIONES BRINDADAS POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SOBRE LA FALTA DE RECHAZO EXPRESO DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

El *a quo* considera que en el fallo apelado se trataron los fundamentos por los cuales se dedujo la excepción de falta de acción.

Remarco que esta Defensa sostuvo enfáticamente, y ello obviamente no pudo ser desconocido por el magistrado de grado, que en la parte resolutive no se desestimó la excepción de falta de acción opuesta por esta Defensa, aunque el rechazo de dicho planteo era evidente, ante la elevación de la causa a juicio.

Es cierto que en el decisorio apelado se hizo un arbitrario análisis en base al cual el *a quo* estimó que el modo de inicio de los autos principales no habilitaba la declaración de nulidad procesal de ningún acto consecuente.

Lo que no es cierto es que en el auto apelado se haya abordado la cuestión introducida por esta Defensa, en el sentido de que la elevación de la causa a juicio no puede fundarse sin que, previamente, se cumplan diligencias ordenadas por la Excma. Cámara en orden a diligencias probatorias como las referidas por esta Defensa.

No en lo que concierne a la nulidad o no de los testimonios de periodistas recibidos, **sino al valor probatorio de los dichos de los mismos en orden a hechos que no fueron percibidos por los sentidos de aquellos, sino a través de supuestas manifestaciones recogidas de terceros, que obviamente no se encuentran contrastadas ni verificadas en esta causa.**

XIII. EL RECHAZO DECIDIDO POR EL A QUO RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

Sobre el tema del epígrafe señala el auto contra el que se dirige la presente queja:

“Los recursos reeditan los planteos de excepción por falta de acción que habían articulado pero no individualizan el perjuicio. Esos planteos fueron rechazados por ser evidentemente improcedentes. Como ya se explicó, se trata de una vía para casos que resultan manifiestamente atípicos”.

En definitiva, el juez rechaza la apelación por considerar que la misma se sustentó en los mismos fundamentos escogidos a la hora de oponer la excepción de falta de acción.

Algo que no es cierto, puesto que, como se puede verificar con el análisis del escrito de apelación, allí se expusieron los fundamentos por los cuales o bien no se trataron los fundamentos de la excepción de falta de acción, o bien su tratamiento fue absolutamente insuficiente, lo que también se erige en un agravio que obviamente abaste y justifica el recurso así deducido.

Demás está decir que la ley ritual no coloca en cabeza del magistrado que suscribe la resolución apelada la atribución de juzgar si dicha impugnación es “suficiente” o no, o bien si reedita o no otras postulaciones.

Puntualmente el **art. 444, CPPN** establece precisamente cuáles son las competencias del Juez a la hora de pronunciarse sobre un recurso articulado contra una decisión adoptada por el magistrado:

“Art. 444. - El tribunal que dictó la resolución impugnada denegará el recurso cuando sea interpuesto por quien no tenga derecho, o fuera de término, o sin observar las formas prescriptas, o cuando aquélla sea irrecurrible.

Si el recurso hubiere sido concedido erróneamente el tribunal de alzada deberá declararlo así, sin pronunciarse sobre el fondo.”

El recurso deducido ha sido por parte legitimada, en término legal, observándose las formalidades de ley, y se ha dirigido contra una resolución susceptible de ser alcanzada por un recurso de apelación, remedio que, en consecuencia, debió ser concedido por el inferior.

Sobre todo en nuestro régimen procesal que establece que

el apelante sólo está obligado a individualizar los agravios sobre los que, luego, habrá de fundar el recurso de apelación, por lo que es ajeno al magistrado apelado juzgar sobre la suficiencia del recurso impetrado.

El Juez de Primera Instancia que rechaza una excepción de falta de acción debió antes haber cumplido con las etapas que de modo imperativo establece la ley ritual, o sea, formación del incidente, traslado a las contrapartes, eventual prueba, etc.

Nada de ello se verifica en la especie.

El *a quo* ha rechazado *in limine* una excepción procesal, sin sustanciarla.

Luego, al deducirse un recurso de apelación contra dicha resolución, el mismo magistrado decide no conceder esa impugnación recursiva tras analizar que en realidad ese recurso es la reedición del escrito de oposición de la defensa en cuestión.

Algo ciertamente injustificable en nuestro régimen procesal, el que claramente impone al magistrado, sobre todo cuando rechazó *in limine* una excepción, el deber de conceder el recurso para que, mínimamente, aquella decisión sea revisada por el Superior del modo en que se pretende a través de la presente queja.

Está claro que el Juez de grado ha resuelto, en el decisorio apelado, 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 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 el *a quo* 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 el inferior ha soslayado el tratamiento de una postulación procesal válidamente presentada, sino que ha

quebrantado, de modo absolutamente injustificable, un trámite legal expresamente impuesto por la ley ritual, de la que los magistrados, no pueden prevalecerse a través de resoluciones que, como la recurrida, pretenden colocarse por encima del ordenamiento legal que deben cumplir e instrumentar.

XIV. EL RECHAZO DE LA APELACIÓN DEDUCIDA CONTRA EL AUTO DE ELEVACIÓN DE LA CAUSA A JUICIO QUE ENCIERRA, LA DESESTIMACIÓN DEL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO IMPETRADO POR ESTA DEFENSA.

Predica finalmente el *a quo*:

“Ahora bien, el recurso de apelación procede contra los autos de sobreseimiento, los interlocutorios y las resoluciones expresamente apelables o que causen gravamen irreparable (conf. Art. 449 CPP). La resolución que pretende impugnarse no es definitiva, ni equiparable a tal; ni fue el resultado de un trámite contradictorio, en tanto se dispuso el rechazo in limine de los planteos de nulidad. Tampoco se observa de qué modo lo decidido puede generar un gravamen irreparable, situación que exige la individualización concreta del perjuicio invocado. En este sentido, aquello que las partes exponen aparece como una disconformidad con lo resuelto por el tribunal. De allí que no pueda sostenerse que se haya visto frustrado el ejercicio de derechos procesales (ver CCCF, Sala I, CFP8894/2013/CA1, “NN s/ abuso de autoridad”, rta. 01/06/18). En el deber de los jueces de evitar dilaciones en el proceso, como fue explicado anteriormente, se inscribe el control acerca de la procedencia y admisibilidad de los recursos. En ese sentido, es basta la jurisprudencia que señala que “lo expuesto debe considerarse como un intento de

provocar, por una vía elíptica, la revisión de un acto válido de la instrucción que, por expresa decisión del legislador, es inapelable. Frente a la irrecurribilidad de las decisiones del Juez instructor relativas a la valoración de la prueba producida y a la estimación de que la instrucción se encuentra completa, dada la taxatividad presente en materia recursiva, no existe razón para conceder el recurso impetrado” (CCCF Sala I. c 47.358, rta13/9/12, Reg. 1013, entre otros).”

Esta Defensa, al deducir el recurso mal denegado por el inferior, claramente estableció el fundamento por el cual dicha impugnación debía ser concedida por el Juez de Primera Instancia: la resolución en crisis ocasiona gravamen irreparable a esta parte.

Y sobre esa cuestión el Juez de grado ha guardado absoluto silencio.

Dice el Juzgador que la resolución apelada no fue resultado de un contradictorio dado que el planteo de nulidad fue desestimado in límine.

Dos observaciones: una, a diferencia de los planteos no sustanciados, la resolución de la elevación de la causa a juicio sí fue materia de controversia en tanto de los requerimientos formulados por la parte acusadora se dio traslado a las defensas.

En segundo lugar, el razonamiento del magistrado conduciría a suponer que los jueces de primera instancia, siguiendo este caso, encontrarían un camino muy fértil para lograr que sus resoluciones no sean revi-

sadas por nadie: simplemente deberían denegar in limine los planteos de las partes para luego, frente al ensayo recursivo, señalar que la resolución así dictada es inapelable.

Tal como lo he anticipado en el capítulo I del presente, y como quedará explicitado en los capítulos que siguen, a través de esta pieza procesal se impugna, por medio de un recurso de apelación que lleva ínsito el planteo de nulidad, un decisorio que ostenta un contenido decisorio 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 sus enormes falencias, 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**⁸.

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 del Magistrado instructor, con el rol inquisitivo que ha mantenido la ley ritual aplicable al caso, la excepción establecida en el **art.**

⁸ “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”.

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 el Señor Juez ha acudido para abastecer doctrinariamente sus consideraciones, los recursos no significan, exclusivamente, *“una garantía procesal a favor del 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”*⁹.

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)¹⁰.

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 una causa a juicio inequívocamente consti-

⁹ 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.

¹⁰ Artículo 8° inc. 2° ap. ‘h’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

tuye un **auto procesal importante** que necesariamente debe ser revisado por instancias superiores a fin de asegurar la garantía del **doblo 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 resolución 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 Federal¹¹, 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

¹¹ CFP 10.456/2014/82/RH21 “Dromi, José Roberto y otro s/recurso de queja”.

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 fundada 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 fondo 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 quejosos 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.”

Es importante recordar que esta Defensa, entre los agravios que sustentaron el recurso mal denegado por el inferior, incluyó la crítica formulada respecto del decisorio apelado en tanto a través del mismo se convalidó arbitrariamente lo actuado por las partes acusadoras en sus respectivos requerimientos de elevación a juicio.

Se destacó allí que en los autos principales no se 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 que fuera apelado.

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.

En definitiva, 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, como el Juzgado de Primera Instancia, 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 el *a quo* 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 nominal-

mente 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)** no revela perjuicio alguno, ni para el Estado ni para la empresa comitente.

Porque esas diferencias “nominales” no se corresponden con “sobrepuestos”, sino con la re expresión 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, perjui-

cio 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.

¿Entonces?

¿Cómo queda 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 pendientes (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 conceptuali-

zaciones 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 con toda ligereza e irresponsabilidad aluden las partes acusadoras y, luego, el a quo.

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.

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 interpretación 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.

No podemos olvidar que la potestad impugnativa que las partes del proceso detentan, 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 y 14.5 de la CIDH y PIDCyP, respectivamente).

La interpretación de las normas de procedimiento no puede ser realizada de manera inconexa con los preceptos constitucionales, sino en sentido que aquellas se integren a estos, pues el derecho procesal no es más que derecho constitucional aplicado.

Cabe recordar también 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).

XV. LOS RESTANTES AGRAVIOS IRREPARABLES QUE OCASIONA LA RESOLUCIÓN APELADA A ESTA PARTE Y QUE JUSTIFICAN, COMPLEMENTARIAMENTE, LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN QUE –EN CONSECUENCIA– HA SIDO MAL DENEGADO POR EL A QUO.

A lo largo de los capítulos que anteceden, a la hora de ingresar en el análisis crítico de los pretensos y sólo aparentes fundamentos en base a los cuales el Juez de Primera Instancia rechazó la concesión del recurso de apelación deducido por esta Defensa, he abordado distintos agravios sustanciales que ha ocasionado a esta parte el decisorio apelado.

A dichos agravios se suman los que seguidamente se in-

dican, cuya irreparabilidad también justifica la procedencia formal y sustancial de la apelación impetrada.

A saber.

XV. 1. El Juzgado de Primera Instancia no se expidió sobre el trato desigual que se ha evidenciado en esta causa en relación a 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.

Los actos del Doctor BEN por los cuales se ha dispuesto, arbitrariamente, la elevación a juicio oral son materia –con el rechazo infundado de la excepción de falta de acción- 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 únicamente actos de instrumentación.-**

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 Pre adjudicación, 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.

Auto contradicción 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 auto contradicción 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 impulsados 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 FABIAN 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”.*

Estamos completamente de acuerdo.

Lo que 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 procesar 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.

Y que era responsable de todo.

Responsable exclusivo.

Un criterio errado que, sin embargo, al menos puede ser seriamente analizado si el magistrado, al analizar la situación de LOPEZ y BORTOLOZZI, hubiere utilizado un criterio análogo, como máximos responsables de la AGENCIA DE PLANIFICACIÓN.

No fue el caso.

Lo que a BEN perjudicó, a LOPEZ y a BORTOLOZZI benefició.

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 apelado, “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 PLANIFICACIÓN, 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.**

XV. 2. La ausencia de tratamiento, incurrida por el *a quo*, sobre 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 el señor Juez de Primera Instancia 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, el Ing. Inglese, 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 SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.", dado que en el caso de Paraná de las Palmas, la nueva gestión de la empresa explicó ante la AGN las razones que justificaron la aprobación y suscripción de la Adenda 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 mi asistido.

Y cabe interrogarse, también, acerca de por qué motivo se insiste en la existencia de un perjuicio fiscal del Estado argentino, **cuando 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 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 aceptarse 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 ratifi-**

caron SIN RESERVAS todo lo actuado por la gestión de AYSA al mando del Directorio integrado y presidido por el Dr. BEN.

Un mínimo de coherencia 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, trastocándose el objeto del proceso merced a la actuación ciertamente infundada del Ministerio Público y del Juzgado de Primera Instancia.

XV. 3. El modo de inicio de estas actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia 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.

Sobre semejante 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 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 el magistrado *a quo*, no sólo no existen medios independientes aptos para acreditar los hechos denunciados, sino que con posterioridad al pronunciamiento de esa Excma. 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 el *a quo*, una convalidación tal que permita edificar sobre semejante obrar delictiva 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 instrucción penal, una sola prueba suficiente que convalide los requerimientos formulados por la parte acusadora.

El Juzgado sigue haciendo mención a planteos relativos a la “*Nulidad de la denuncia*”.

Se ha sostenido reiteradamente ante el magistrado de la anterior instancia que acá no hubo denuncia alguna.

Ni válida, ni nula.

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 el inferior en el auto apelado, en tanto allí 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.

XV. 4. Los procedimientos licitatorios como “ficción” para perjudicar “al Estado” y “beneficiar a las empresas”.

El del epígrafe encierra otra cuestión dirimente que, también, evidencia la arbitrariedad con la que ha obrado el señor Juez de Primera Instancia.

En esta misma causa, en reiterados actos procesales, se ha hecho mención a la existencia de un Plan Director para la ampliación 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 sostenida por el Sr. Juez de Primera Instancia.

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.**

Algo ciertamente incomprensible, en tanto según el entendimiento del *a quo* 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 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 ante 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, re-

querimiento 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 recibéndose 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 señor Juez de Primera Instancia, 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, OBSER-

VANDO O IMPUGNANDO EL PROCESO, que pudiera advertir un desvío o un impedimento o una dificultad para cotizar.

Estamos hablando de EMPRESAS CONSTRUCTORAS 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**. CABELLE 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 IECOSA hubieran querido licitar, no tenían otro impedimento más que su decisión de no hacerlo.

¿Cómo ha supuesto entonces el Juez de grado 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 presente 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 pre adjudicó 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 acudirse 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.

Hago 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 comercio 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 De-**

recho 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.

XV. 5. La arbitraria equiparación de la empresa concesionaria “AYSA S.A.” con el Estado Nacional.

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 y arbitrario, 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 el señor Juez de Primera Instancia no se compadece con la legislación que rige 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 estatal¹²-, el 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.

¹² 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 LA NACIÓN" o, en su defecto "O.S.N.", convirtiéndose de esa forma en una de las empresas del Estado Nacional.

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. Nº 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).

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. 304/2006¹³ 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 transcriptas 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.).

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.**

¹³ “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.”

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 ANONIMA¹⁴ aprobados en el artículo 3 de dicho Decreto,**

¹⁴ 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 regirá 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).

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

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.

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 AUDITOR-
ÍA GENERAL DE LA NACION en la Resolución N 165/16 (Actuación
AGN 329/14)¹⁵:**

¹⁵ “ 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)”.

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

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

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

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

“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 qué debe entenderse por **personas jurídicas privadas**, dejando establecido que la participación del Estado en las mismas no modifica el carácter de ellas, las

que en consecuencia quedan regidas por las normas específicas que gobiernan su funcionamiento y no por normas del Derecho Público.

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

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

"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.¹⁶

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

¹⁶ 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.¹⁷

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”.*

¹⁷ 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 ANOMINA 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 funcionarios 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 Código Civil y Comercial, cuya naturaleza jurídica no se ve modificada por el hecho de que uno de sus socios sea el Estado Nacional.

Estos son los tópicos relevantes para considerar en cada caso 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 partem, 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.

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 sobrepagos 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 Servi-

cios -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 Desenvolvimiento 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 exigibles 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 el Sr. Juez de Primera Instancia, desde el momento en que los fondos aplicados al pago de las obras pertenecen a AYSA como empresa contratista beneficiara 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 institu-

ciones 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.

XV. 6. 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.

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 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.

El Juez de grado 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 obras¹⁸, 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

¹⁸ 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.

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 EMPLEADOS 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 re determinaciones 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 contra-

tos, cuya ejecución obedeció al trámite regular de los mismos, según aparece documentado en actas, adendas, constataciones, inspecciones, etc.

Por ello es totalmente desacertado que se sostenga infundadamente 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 en la resolución apelada se 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 AY-SA”, 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, re determinar precios, certificar avances de obra.

Es bien sabido por esa Excma. Cámara 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.**

Se trata de una cuestión que esta Defensa viene planteando desde hace años, pese a lo cual no se ha logrado que nadie se pronuncie sobre el particular, a la hora de explicar por qué motivo se ha procesado y ahora se pide la elevación a juicio de uno de los integrantes de ese Directorio, por las decisiones tomadas por dicho órgano ejecutivo, marginándolo y persiguiéndolo a través de un tratamiento distinto en relación a los otros miembros de aquél órgano ejecutivo que ni siquiera fueron citados a prestar declaración como testigos.

En efecto, se ha mantenido el infundado direccionamiento investigativo en perjuicio del Dr. BEN, otorgando 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 firmando 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 en la causa.

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 re determinaciones de precios, los nuevos planes de trabajo y las ampliaciones de plazo pretenden ser transformadas como actos unipersonales de Carlos Ben, sin ningún documento, prueba o testimonio que siquiera lo relacione.

El direccionamiento de la investigación, y ahora de la elevación a juicio, es tan evidente que resulta ineludible esta 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.**

Nos hallamos entonces ante una resolución *contra legem*, en tanto el señor Juez de Primera Instancia 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 resiste el menor análisis que el *a quo* 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.**

**XV. 7. El delito de administración fraudulenta
atribuido al Dr. Ben.**

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.¹⁹

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.

¹⁹ 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.

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 causarlo²⁰.

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".²¹

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 causar 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 causa de daño.

²⁰ 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.

²¹ "Derecho Penal. Parte especial", t. I, p. 520/1.

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 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.²²

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.²³

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.

²² 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.

²³ 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.

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 obligación abusiva para éste. En el aspecto subjetivo, al dolo se agrega el especial diseño 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 participación 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.”, tampoco para el Estado Nacional, y no existieron ilícitos en la tramitación de ambos procesos licitatorios.

TOS 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.²⁴

²⁴ CREUS, Carlos: “Derecho penal. Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 2007, tomo 2, páginas 284, 518 y 519.

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 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...”²⁵

XV. 8. La imputación formulada en relación al delito de cohecho pasivo que se atribuye al Dr. Ben.

Sin mayores fundamentos, el Juzgado de Primera Instancia mantiene la hipótesis sostenida por las partes acusadoras y que puede resumirse del siguiente modo: “*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,*

²⁵ Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte especial”, Editorial Astrea, 6ta. Edición, Tomo I, pag. 518 y 519).

obteniendo como consecuencia un lucro indebido en perjuicio de las arcas públicas”.

Respetuosamente cabe preguntarse:

¿A qué pacto se refiere el señor Juez de Primera Instancia? ¿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.

Y, como se sabe, 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 el *a quo* 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.

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 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, arbitrariamente entonces, se le enrostra.

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 maniobras 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 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 incursión 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 si 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.

XVI. RESERVA DEL CASO FEDERAL.

Para el hipotético supuesto que V.E desestime la presente queja, mantenemos la reserva de recurrir en Casación y del caso federal, oportunamente introducido, en salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales establecidos en los arts. 18, 19, 28, 33, 75 inc. 22 y ctes. de la Constitución Nacional, según lo autoriza y prescribe el art. 14 de la ley 48.

XVII. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicito de V.E.:

- 1) Que tenga por deducido el presente RECURSO DE QUEJA en tiempo y forma de ley, agregando la documentación que se adjunta.**
- 2) Requiera el informe previsto en el art. 477, segundo párrafo, CPPN conjuntamente con la remisión de los autos principales.**
- 3) Se declare mal denegado el recurso de apelación articulado por esta Defensa contra lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia el día 24 de julio de 2020.**

- 4) Se ordene, en consecuencia, correr los traslados de ley, designándose la audiencia del art. 454 del CPPN.
- 5) Oportunamente se abroge la decisión impugnada, haciéndose lugar a la excepción de falta de acción opuesta, decretándose el sobreseimiento total y definitivo de mi defendido CARLOS HUMBERTO BEN.
- 6) Para el supuesto negativo tenga presente la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.-

CARLOS DANIEL FROMENT

CPACF T. 17. F. 746.